هذا الكتاب زيلعي في الوقف

الجزء الرابع من شرح

كنز الدقايق المسمى تبيين

الحقايق

لصنيف الشيخ الامام العالم العامل فريد
دهره ووحيد عصره عمدة
المفتيين وكنز
الطالبين الشيخ
فخر الدين ابو عمرو
عثمان
الحنفي الشهير بالزيلعي امتع الله المسلمين بطول بقايه
وحشره وايانا في زمرة انبيايه واصفيايه وجميع المسلمين امين

1774

T.C.
ISTANBUL
Fatih Kütüphanesi
SAYI

K. 1832

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد وآله

كتاب القضاء

والقضاء في اللغة الإتقان والإحكام
قال قائلهم: وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابغ تبع أي
أحكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وأنه أفضل العبادات
وبه أمر كل نبي قال الله تعالى إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها
النبيون وقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم والحاكم
نائب الله تعالى في أرضه في إنصاف المظلوم من الظالم وإيصال الحق إلى
المستحق ودفع الظلم عن العباد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك
من الصفات الحميدة تميل إليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على أحد ولولا
ذلك لفسدت البلاد والعباد قال وأهله أهل الشهادة لأن كل
واحد منهما يثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم
والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد
فيستفاد أحدهما من الآخر قال والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل
للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد ولو كان عدلا ففسق لا ينعزل ويستحق العزل (باخذ الرشوة)
وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه
فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها كالعبد المأذون
له في التجارة إذا أبق ينعزل ولو أذن له وهو آبق جاز وعن علمائنا الثلاثة
في النوادر الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الأول وأن العدالة شرط
الأولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح وقال الشافعي
لا يجوز إلا أن يكون عالما عدلا مأمونا لقوله عليه السلام القضاة ثلاثة
قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث فسر القاضيين أحدهما جاهل
يحكم بالجهل والآخر عالم يحكم بالجور والثالث العالم العادل يحكم بعلمه

ولأنه

ولأنه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها
والفاسق غير مأمون فلا يجوز ولنا أن المقصود إيصال الحق إلى المستحق
وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فإنه عليه السلام
سماه قاضيا ولولا أن التولية تصح لما سماه قاضيا ولأن الصحابة رضي الله عنهم
أجازوا حكم من تغلب من الأمراء وجار وتقلدوا منه الأعمال وصلوا خلفه
ولولا أن توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال والفاسق يصلح مفتيا
وقيل لا يصلح لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وجه
الأول أنه يجتهد حذار النسبة إلى الخطأ قال ولا ينبغي للقاضي
أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه
وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ويكون
شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لأن المقصود من القضاء دفع
الفساد وإيصال الحقوق إلى مستحقيها وإقامة حقوق الله تعالى وهو
من أهم الأمور للمسلمين وأقوى واجب عليهم فكل من كان أعرف وأقدر
وأوجه وأهيب وأصبر على ما أصابه من الناس كان أولى وينبغي للمولي
أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد
إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين قال والاجتهاد شرط الأولوية لأنه أقدر على
الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل أن يعلم الكتاب بمعانيه
والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الأحكام منهما
ومعرفة الإجماع والقياس ليمكنه استخراج الأحكام الشرعية
واستنباطها ويرد إليها بطرقها ولا يشترط معرفة الفروع التي
استخرجها المجتهدون برأيهم وقال بعضهم يشترط مع هذا أن يكون
عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبي حنيفة والشافعي وغيرهما

من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو
من أهل الاجتهاد والأشبه أن يقال أن يكون صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث كي لا
يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من أن يكون صاحب
قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما تنبني عليها قال
والمفتي ينبغي أن يكون هكذا يعني في العلم والأمانة لأنهما أقدر على المقصود
وأبعد من الغلط ولكثرة اهتمامه في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه
أوثق فيعتمد عليه قال ويكره التقلد لمن خاف الحيف أي الظلم
كي لا يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم قال وإن أمنه لا أي إن أمن
من الظلم لا يكره التقليد لأن كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماءهم
تقلدوه وكفى بهم قدوة قال ولا يسأل القضاء لقوله صلى الله عليه
وسلم من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك
يسدده ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على
ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل في القضاء مختارا لقوله صلى الله عليه
وسلم من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين ولأن القضاء بالحق لا يمكنه
إلا بأعوان وقد لا يعينه عليه أحد وكان في بني إسرائيل من فرغ نفسه
للعبادة ستين سنة يرجى له النبوة فإذا اشتغل بالقضاء يئسوا من نبوته
فهذا دليل على أنه مسقطة وإن تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره
يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم
الظالمين قال ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر
ومن أهل البغي لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة
علي وكان الحق مع علي يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه إخواننا بغوا
علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء
بالحق

بالحق فيحرم عليه لأنه يحصل به ضرر المسلمين قال فإن تقلد
يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر
وغيرهما من الصكوك ونصب الأوصياء والقوام في الأوقاف وتقدير
النفقات المفروضات لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة
فيجعل في يد من له ولاية القضاء وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما
في يده لاحتمال الحاجة إليها والأخرى في يد الخصم وما في يد الخصم
لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من
بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد لأنها إنما كانت
في يد الأول لعمله وقد انتقل العمل إلى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد
العزل وكذا إذا كان من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح
لأن الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك
تدينا لا تمولا فيجب تسليمه إليه ويبعث عدلين من أمنائه أو عدلا
واحدا والاثنان أحوط ليقبضان ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة
أمينه ويسألان المعزول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات
جمعاه في خريطة وما كان من نصب الأوصياء في أموال اليتامى جمعاه
في خريطة أخرى وما كان من تقدير النفقات جمعاه في خريطة أخرى
وما كان من نسخ قوام الأوقاف جمعاه في خريطة وما كان من الصكوك
جمعاه في خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا
يشتبه عليه متى احتاج إلى نسخة منها فأما الجديد فيشتبه عليه
لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل وإنما يسألان المعزول
وإن لم يكن قوله حجة ليكشف عنهما ما أشكل عليهما فإذا قبضا ذلك ختما
عليه تحرزا عن التغيير قال وينظر في حال المحبوسين لأن القاضي
الجديد ينظر في حالهم لأنه نصب ناظرا للمسلمين قال فمن اعترف

او قامت عليه البينة لزمه لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول
المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة
لا سيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما لا
يعجل بتخليته قال ولا ينادى عليه اي ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو
نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهرا فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله
وينادى عليه اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان
ابن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضروا لا
في راي القاضي ان يطلقه فان حضر له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا واطلقه
والفرق لابي حنيفة بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يوخذ من الورثة
كفيلا اذا ارادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يوخروا الى التكفيل
لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه
المسئلة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم
فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما امكن فيحمل
عليه حتى يظهر خلافه قال ويعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة
او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان
اقرار الاجنبي غير مقبول قال ولم يعمل بقول المعزول الا ان يقر
ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودائع وغلات الوقف
لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي
سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد
المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل اقراره به الا اذا بدا صاحب اليد
بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي به لغيره فيسلم الى المقر
له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسئلة على اربعة
اوجه اما ان يقر بانه سلمه اليه بعد ما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمها

ما

ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر لغيره فلا يقبل اقراره الثاني
لانه لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي والرابع ان يقر بان
القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر قال ويقضي
في المسجد وذكر السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك
لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا
المسجد الحرام والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى
ولاقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه السلم
انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان عليه السلم يفصل الخصومات
في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولان
الحكم عبادة على ما نبين من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ولانه
ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين والبعد من التهمة
في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك
في اعتقاده والحائض تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي كما اذا ب
لخصومة على الدابة والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط
البلد وان كان في الطرف يختار مسجدا اخر في وسط البلد قال او
داره لان الحكم عبادة لا يختص بمكان فجاز الحكم في منزله فاذا جلس للحكم
في منزله اذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول عليه ويجلس
معه من كان يجلس معه في المجلس المسجد لا باس به اذا كان منزله في وسط
البلد والا فليقعد في وسط البلد لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس للحكم
ان يكون في اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب
افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الراي لا يجتمع
وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة

ولا بأس بأن يحكم وهو متكئ لأنه يزيد في الرأي لزيادة راحة فيه ولكن القضاء
مستوي الجلوس أفضل تعظيما لأمر القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله استفتي
عن مسألة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم أفتى تعظيما لأمر الفتيا ولا يجلس
وحده لأنه يورث التهمة وإن جلس وحده فلا بأس به إن كان عالما بالقضاء وإن
كان جاهلا يستحب له أن يقعد معه أهل العلم لأنه لا يؤمن من أن يزل
عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا أهل العدل
للشهادة عليه بخلاف الأعوان حيث يكونون بعيدا عنه لأنهم لأجل
الهيبة وهو أهيب قال ويرد هدية إلا من قريبه أو ممن
جرت عادته بذلك لأن الأولى صلة الرحم وردها قطيعة وهي حرام
والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لأجل القضاء وإنما
هي جري على العادة فلا تتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة
أو زاد على العادة يرد لأنه لأجل القضاء فيكون من الغلول وغيرهما من الهدايا
لأنه تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم
قال ودعوة خاصة أي لا يحضر دعوة خاصة لأنها جعلت لأجله
والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة لا صح
اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين أن
يكون من القريب أو من غيره وبين ما إذا جرت له عادة بها أو لم تجر
وقال في الكافي وإن كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة
الخاصة لأن إجابة دعوته صلة الرحم قال هكذا ذكر الخصاف بلا خلاف
وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة
للقريب وعلى قول محمد يجيب وإنما لا يجيب الدعوة الخاصة للأجنبي
إذا لم يتخذ الدعوة لأجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية

وهو

وهو الناس قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله عليه
السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق إذا دعاه أن يجيبه وإذا مرض ض
أن يعوده وإذا مات أن يحضره وإذا لقيه أن يسلم عليه وإذا استنصحه
أن ينصحه وإذا عطس أن يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا
يطيل مكثه في ذلك المكان وإن كان للمريض خصومة مع أحد لا يعوده قال
وليسو بينهما جلوسا أي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام
إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولأنه
إذا أكرم أحدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدي ذلك
إلى ترك حقه وينبغي للخصمين إذا حضرا بين يدي القاضي أن يجثوا بين يديه
ولا يتربعان ولا يقعيان وإن فعلا ذلك منعا تعظيما لأمر الحكم كما يجلس
المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين
أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف بإصغاء أو رفع صوت
ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لأن جانب اليمين
أفضل فيكون تقديما له على صاحبه ويفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى
يجب عليه أن يسوي فيه بين الأب والابن وبين الخليفة والرعية وبين
الدني والشريف وهذا دليل على أن للقاضي أن يقضي على الملك الذي
ولاه القضاء وهكذا فعل شريح رضي الله عنه بعلي رضي الله عنه مع خصمه
واحد من الرعية وعلى خليفة رضي الله عنه فإذا سوى بينهما بالفعل
فلا حرج عليه فيما يجد في قلبه من الميل إلى أحدهما بعد أن يحكم بينهما
بالحق لأن ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه قال
وليتق عن مساره أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته
أي يجتنب هذه الأشياء لأن فيه تهمة ومكسرة لقلب الآخر
ولو أضافهما جملة فلا بأس لوجود التسوية بينهما قال والمزاح

اى يجتنب المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما فى مجلس الحكم
ولا يكلم فى عجمة لانه تذهب بالمهابة محاصله انه لا يكلمهما بغير ما يفيد ما
لابد لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا فاذا احضرا فهو
بالخيار ان شا بداهما بالكلام فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبداه بالمنطق
وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم
المدعى اسكت الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى
امره بالسكوت واستنطق الاخر اذا طلب المدعى ذلك وقيل من غير
طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يمكن من فهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة
وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد
تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه ساله البينة فان عجز
عنها استحلف المدعا عليه ان طلب المدعى يمينه ويرتب الناس فى
الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل فى ذلك امينا
يخبرهم ولا يجمع بين النسا والرجال فى زحمة بل يجعل الرجال ناحية
والنسا ناحية الا اذا كان لاحدهما دعوى فيجلسان بين يديه وقت — على الاخصم
الدعوى **قال** وتلقين الشاهد اى يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان
فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار
كتلقين احد الخصمين واستحسنه ابو يوسف فى غير موضع التهمة لانه قد
يحصر وقد يقول علم مكان قوله اشهد لهيبة المجلس فكان فى تلقينه احيا
الحق ولا تهمة فى مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم
وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشتغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة
عنده رحمه الله بعدما تولى القضا والعمل فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع
تهمة **فصل** فى الحبس ولما كان بعض الناس يستحق
العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره فى كتاب
القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع

اما

ض — اما الكتاب فقوله تعالى فى قطاع الطريق او ينفوا من الارض
والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه السلام حبس رجلا
ك — بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له فى مملوك
ور بعلهم صح — واما الاجماع فلان الصحابة رضى الله عنهم اجمعوا عليه الا ان
فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن ابى بكر وعمر وعثمان رضى الله
عنهم لم يكن سجن وكان يحبس فى المسجد والدهليز وبالربط ولما كان
فى زمن على رضى الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه فى الاسلام
مخيسا — وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا
اخر وسماه مخيسا وقال فيه الا ترانى كيسا مكيسا بنيت بعد نافع — شعرا
قال واذا ثبت الحق للمدعى امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه
فى الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة يعنى حبسه
فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده او التزمه بعقد اذا طلب
ل — المدعى حبسه بعد ابائه من الدفع اليه لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال
الذى حصل فى يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا
تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاوه ما لم يقلب فيه وكذا لا يلتزم
الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة
وهو ظلم لقوله عليه السلام مطل الغنى ظلم استحق العقوبة ثم شرط
المصنف رحمه الله الاباء بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق
عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما فى الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه
كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه
لم يعرف كونه مماطلا فى اول الوهلة فلعله طمع فى الامهال فلم يستصحب
المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله فى عن
الصدر الشهيد والمحلى عن شمس الائمة السرخسى عكس ذلك لانه

اذا ثبت بالبينة بعذر فيقول ما علمت ان له على دينا الا الساعة
فاذا علمت قضيت ولا ياتي ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكر هنا فانه
يومر بالايفا مطلقا لانه يحتمل ان يوفي فلم يعجل بحبسه قبل ان يتبين له
حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي
ذلك حتى يسئله فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور
مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال فالقاضي يقول للمدعي الك
بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه
وان عجز عن البينة والمدعي يدعي ان له مالا وهو ينكره فان القول قول
المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال
حصل في يده او التزمه بعقد فيحبسه بما ذكرنا قال لا في غيره
ان ادعى الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه لما راى ولا يحبسه
في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل اروش الجنايات وديون النفقات
وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل المال ولا ملتزم بعقد ان ادعى
الفقر الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر ما
يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا
لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه
ما لم يكذبه الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا بخلاف
الفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان
الا ما يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس
فيه ما تعورف تعجيله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه يجري فيه التسامح
بتاخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على انه قادر
عليه واختار الخصاف ان القول للمديون في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل
وهو العسر والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن اصحابنا

واختار

واختار ابو عبد الله الثلجي ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل
القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته
بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن
اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فان القول فيه قول
المدعى عليه لانه لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا
بالاصل وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال بعضهم ما كان
سبيله سبيل البر والصلة فان القول قول المدعى عليه كما في نفقة
المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين
لزمه بمعاقدته فان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه
والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة
اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات وادعى هو العسر
كان القول قوله وذكر في كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق العبد
المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان تخرجان
على الاقوال كلها ولا تخالفان شيئا منها فيكون القول فيهما قول المنكر
ما يعارض الاقاويل وقال ابو جعفر الثلجي يحكم الزي فان كانت هيئته
هيئة الفقر يعني المديون كان القول قوله وان كانت هيئة الاغنيا
كان القول قول المدعي الا اذا كان من العلويين والاشراف والعباسية
فانهم يتكلفون في اللبس ولا يدل على غناهم وقوله يحبسه بما راى
اي يحبسه قدر ما يراه فيما اذا كان القول قول المدعي او في غيره
ولكن المدعي اثبت المال بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره
وهذا اشارة الى انه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي
القاضي يحبسه حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره
ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان

والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين
او ثلث او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما قال ثم يسأل
عنه اي القاضي يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه ولو بدا برايه قال واقام
بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة
والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول
الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة
وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله
هذا السوال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس
بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي
ان لا يسأل ويعمل برايه ولكن لو سأل مع هذا كان احوط قال
فان لم يظهر له مال خلاه لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة
الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه
بعده يكون ظلما قال ولم يحل بينه وبين غرمايه اي لا يمنعهم عن
ملازمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم
لانه منظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منظرا بانظارهم بان
ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فكذا بانظاره تعالى
بل اولى ولكنا نقول هو منظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن في
كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكسب فوق حاجته الدانق
فياخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطالب
قبل حلول الاجل مع القدرة على ادائه لانه موخر وفيما نحن فيه نفس
الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة
متوقع في كل لحظة فيلازمونه قال ورد البينة على افلاسه
قبل حبسه لانها بينة على النفي فلا تقبل ما لم يتايد بمؤيد وهو الحبس

ولعله

٨

ولعله يقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن
محمد انها تقبل وبه كان يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير
ابن يحيى وعامة المشايخ على الاول قال وبينة اليسار احق
يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه على الاعسار
كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض ولان البينة للاثبات قال
وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم واذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة
عليه خلده في الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه
يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله
قال فخر الاسلام معنى المسألة اذا كان جاحدا فاقر عند القاضي وظهر
للقاضي مطله عند غيره وما طلبه او ظهر له مماطلته بعد ما اقر
عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر قال ويحبس الرجل لنفقة
زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية
لانها تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح
الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بينا
قال لا في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده
الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يحد عليه
لحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه قال الا اذا ابى
من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو
بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يد
يقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان
دين النفقة تسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها يفوت بخلاف
سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف فيها الفوات
وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وهذا الولي لا يحبس بدين

يعني الاب يحبس ... اذا امتنع من الانفاق عليهم

نفعه

عبده المأذون إن لم يكن على العبد دين لأن ما له للمولى وإن كان عليه
دين يحبس لأن هذا الحبس لحق الغرماء وهم أجانب فلا يمنع ولا يحبس
العبد بدين المولى لأنه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه
إذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وإن كان من جنسه لا يحبس لوقوع
المقاصة ولأنه إذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله أن يأخذه
بخلاف ما إذا كان من خلاف جنسه لأنه ليس له أن يجعله بالدين إلا برضاه
والمولى بمنزلة الأجنبي عنه حتى يجب عليه الأرش بالجناية عليه ويضمن
ما أتلف من ماله فلذا يحبس بدينه إذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب
لمولاه بدين الكتابة لأنه لا يصير ظالماً بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه
من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة
لأنه يصير ظالماً بمنعه إذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين وقال
بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضاً لأنه يتمكن من إسقاط هذا الدين
أيضاً بأن يعجز نفسه فيرد رقيقاً فيسقط عنه دين المولى فصار
كبدل الكتابة ألا ترى أن الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف
ما إذا كان الدين لأجنبي والفرق بينهما على الظاهر أن بدل الكتابة ليس
بدين على الحقيقة لأنه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة
الحبس أن يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل
عليه ليستأنس ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة
ولو أعطى كفيلاً ولا لمجيء رمضان ولا الأعياد ليضجر قلبه ويوفي
ولا يخرج لموت قريبه إلا إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ
لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وإن وجد من يجهزه وإن مرض مرضاً
أضناه فإن كان له من يخدمه لا يخرج وإلا أخرج ولا يخرج للمعالجة
لأنه يمكنه المعالجة في السجن وإن احتاج إلى الجماع لا يمنع من دخول

امرأته

امرأته أو جاريته عليه إن كان في السجن موضع ستره لأن اقتضاء
شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لأن الوطء من فضول
الحوائج بخلاف الأكل والشرب فإن منعه يؤدي إلى الهلاك وهو
مرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفاً من الهلاك وكيف
يجوز قتله لأجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لأنه
يحتاج إليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن لا يمكثون معه
طويلاً والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما
دونه لأن مانعه ظالم متعنت والله أعلم باب

كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

اعلم أن هذا الباب
ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه
وإنما أورده فيه لأنه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب قال
ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس
أن لا يجوز لأن كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه إلى القاضي
المكتوب إليه وعبّر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لأن الكتاب
قد يزوّر والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالاً
من البينة وجه الاستحسان ما روي أن علياً كرم الله وجهه أجاز
ذلك لحاجة الناس إليه لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهوده وخصمه
ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلاً وسيأتيك بيانه ونقل شهادة
وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالإشهاد على الشهادة فلا حاجة
إليه لأنا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة إلى تعديل الأصول
وقد يتعذر ذلك لا سيما إذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة
على وجهها أيضاً إذ أكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية
عنه لأنه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه إلى نقل الشهادة وإنما ينقل

كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة
بزيادة الاحتمال وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط
بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية
والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا المال والنسب من الحي والميت
والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة
كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد والمتأخرون وهو
الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة
اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف
بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين واشباهه والعقار يعرف بالحدود ولا
يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود
نفس النكاح لا نفس المراة او نفس الرجل وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين
وهكذا الطلاق ولا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد
دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة
الى رجل لم يحكم له بالملك لينقلها الى الكاتب وعنه انه اجاز في الامة
ايضا بشرائطه وهي ان يحلف المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد
فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب
القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال
له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي
هذا وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب
المكتوب اليه عنده انه من عند الكاتب وفضه بشروطه على ما مر سلم
العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا
بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في
عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب
بذلك

بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا
وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود انه كتابه وختمه
امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة
بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه
او لا ليبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغائب لا يجوز لان الشخص
الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غائب ولكن يكتب ما جرى عنده
ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه
الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه
فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة
لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه
وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع
ولهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها الى المدعي
بل يبعثها مع امين معه قال فان شهدوا على خصم حاضر حكم
بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم قال وكتب بحكمه وهو
المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة
على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم
لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا ذكر انه غاب بعد
الحكم عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ حكمه
قال والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغائب
لا يجوز لما عرف في موضعه ولو لم يحكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه
نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول
محكوم به فلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له قال وكتب الشهادة
ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة

لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه
ولهذا يحكم المكتوب اليه برايه وان خالف راي الكاتب بخلاف السجل
فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضا وهو فصل
مجتهد فيه ان كان الخصم غايبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه
فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث
ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي
يشهدون على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل
الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم
قال وقرا عليهم وختم عندهم وسلمه اليهم اي القاضي الكاتب يفعل
ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرا الكتاب
عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة
تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم
التغيير ولا بد للشهود لانهم يشهدون به كما في ساير الشهادات ومن شرائطه — وحفظ ما فيه صح
ايضا ان يكون الكتاب معنونا وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم
القاضي المكتوب اليه وابيه وجده حتى لو اخل بشي منها لا يقبل الكتاب ويكتب
العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم
اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر لا يفصل فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى
عليه والمدعي على وجه يقع به التمييز بذكر احدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود — وذكر صح
ان شاء وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط على
الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابه
الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الايمة رحمه الله لكونه اسهل قال
فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود لان هذا
الكتاب

الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب — نب
حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة
على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الادا لا عند التحمل
ولجواز ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي — ضي
وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب الاستيمان
من اهل الحرب حيث يعمل به وان لم يقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا
ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار الخصم
ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا
بلا بينة لان لا الزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف ياخذ
القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال
فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا
وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني اذا ثبتت عدالتهم
عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي الكاتب — ثبت
قد كتب عدالتهم او سال من يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور
عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم
الا انه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ذلك
الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح فالشهود الاول بخلاف
قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة
الخصم وقوله سلمه الينا شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه
الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور
الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله

مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف فانه عنده
يقبله من غير بينة ومن يبتلى بالمدعي ايضا اذا اجابه وجلاه ولهذا سهل عند الاشهاد
فقال اذا اشهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك
لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم
رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في تلك
المسالة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلثة
ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه اذا كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد وعن محمد انه يجوز الشهادة
على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف
الفقها ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكانهما
اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز قال ويبطل الكتاب
بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني
او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت
الاصول قبل اداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا
جن او ابتلي او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه
يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ان القاضي الكاتب
بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة اداء شهود الفرع الشهادة لانه ينقل
شهادة الذين شهدوا عنده الى القاضي المكتوب اليه والنقل قام بالكتابة
فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضا بها فانه
لا يمنع القضا فكذا هذا وهذا الحكم في كل شاهد مات بعد اداء الشهادة قبل
الحكم بها ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده
الا ان لهذا النقل حكم القضا الا ترى ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي
ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا

النقل

النقل بسماع البينة قضا فثبت ان لهذا النقل حكم القضا ولم يتم بعد
لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا على المكتوب
اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي عليه به
س شرط لوجوب القضا فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في سائر
الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات
الاصول بعد ادائهم الشهادة لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم
ات فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول وبموت الفروع كما في سائر الشهود
ب اذا مات الشهود بعد الادا قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب
فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز
لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضا مختلف فيه واذا كان
ن الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ من قاض اخر بخلاف ما اذا كان
الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا لما عرف في موضعه
ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية
ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا به بالقراءة فلا يبطل بالموت
كما لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف زفر
ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه قال وموت
المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير
في قوله بعد اسمه عائد على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله
لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جا بعده به كما لو قال
والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب
ر اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار
نظير الامناء في الاحوال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه

اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه ... قضاة المسلمين

من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فلذا لو املوا اليهم بخلاف
ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز
ان يحكم به احد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام
الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح
كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعا له واجاز ابو يوسف من غير
تعيين احد من القضاة حين ابتلي بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ
تسهيلا للامر ولا تقبل القاضي رسالة قاض اخر وان كانت عليها
بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر
وتكلم به لا يسمع كلامه لانه لو احد من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف
الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب القاضي
المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضا او نقول ان
الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في
الكتاب غنية عنه فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه
ان يكتب ثانيا الى قاض اخر اذا ابعد حضور خصمه عنه وكذا للمكتوب
اليه ثانيا ان يكتب الى اخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة لو وقعت عند الاول
صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصاروا كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز
له ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا ماسة وهي المجوزة للنقل
قال لا بموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه
يقوم مقامه فينفذ له واما جواز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي
الى الامير والامير ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا
يكتب اكثر من ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة
والختم والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز
في مصره الا ببينة ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى

الوالي

الوالي ويستعين به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك
لحرجوا لان كل احد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه
التفحص عن احوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة
والعادة فيما اذا كان الامير في مصره وان كان الامير في مصر غير المصر
الذي فيه القاضي بقي على اصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة
لقلته وندرة وقوعه قال ويقضي المراة في غير حد وقود لان القضا يستقى
من الشهادة على ما بينا ~~وشهادتها~~ وشهادتها جائزة في غير الحدود فكذا
يجوز قضاؤها وشهادتها ولا يجوز في الحدود والقصاص لشهادتها لما فيها
من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان تولى المراة القضا
لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة
فكذا للقضا كالرجل قال ولا يستخلف قاض الا ان يفوض
اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضا لا التقليد
ولا ينصرف الى غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي
الجمعة جوزنا للمامور بادائها ان يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم
ان الحدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة
لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم
يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني بانيا ولا يشترط للبناء
ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة صارت صلاته معه
الحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو افسد
المستخلف الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو
استخلف مع ذلك فحكم الخليفة واجازه القاضي جاز اذا كان
المستخلف اهلا للقضا وان كان رقيقا او محدودا في قذف او كافرا
لم يجز وكذلك اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان المقصود القا

م

ابحرمع

في

بتوليته حضور رأيه فالوكيل بالبيع أو الشراء إذا وكل غيره فباشر
وهلك بحضرته أو بغيبته فأجازه ولو فوض إليه الإمام أن يستخلف
بأن قال له ولّ من شئت له أن يولي من شاء فيصير نائباً عن الإمام
في التولية حتى لا يملك عزله فالوكيل إذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل
صار وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته
وينعزل بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره وكذلك
التوكيل والعزل في حياته لأن الأوان يثبت حكمها بعد موت الموصي وقد
يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي
فيكون الموصي راضياً باستعانته بغيره دلالة كيلا تفوت مصالحه
بخلاف الإمام والموكل لأنهما يتصرفان بأنفسهما ولا يفوتهما المصالح ولو
فوض إليه العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لأنه نائب عن
الإمام فلا يملك إلا ما أطلق له لأن رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه
بتولية غيره لأن الناس متفاوتون في الأمانة والتصرف قال
وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة
والإجماع لأنه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الأول
لاتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولأنه لو لم ينفذ الأول لما نفذ
الثاني أيضاً وكذا الثالث والرابع إلى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجيء قاض
يرى خلاف ذلك فكان نافذاً ضرورة وقد صح أن عمر رضي الله عنه لما
كثر اشتغاله ولى القضاء أبا الدرداء واختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما
ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فسأله عن حاله فقال قضي علي فقال
عمر لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك
عن القضاء فقال ليس هنا نص والرأي مشترك وروي عن عمر رضي الله
عنه أنه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له

في ذلك

في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع الصغير وما
اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك
أمضاه قيل يكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الأول وليس فيما
ذكر في الكتاب تقييد به فتوهم أنه إنما يمضيه إذا كان موافقاً
لرأيه وقالوا شرطه أن يكون عالماً باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل
مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا تصحيح
الثاني ذكره في النهاية معزياً إلى المحيط وقال فيه شمس الأئمة هذا
هو ظاهر المذهب ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذ — هبه
نفذ عند أبي حنيفة وإن كان عامداً ففيه روايتان في رواية ينفذ لأنه
ليس بخطأ بيقين وفي أخرى لا ينفذ لأنه خطأ عنده وقد نهي عن اتباع
الهوى عنه بقوله تعالى ولا تتبع أهواءهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين
وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط
أن لا يكون مخالفاً لما ذكر من الأدلة ولو كان مخالفاً لها نقضه لأن
الاجتهاد على خلاف هذه الأدلة غير سائغ فينقض وقيد بالسنة
المشهورة احترازاً عن الغريبة والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف
يستند إلى دليل شرعي فحاصله أن الذي قضى به الأول لا يخلو أمره — بعد
أوجه إما أن يكون موافقاً للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والإجماع
فلا كلام فيه وإما أن يكون مختلفاً فيه فاستند كل واحد إلى دليل — اختلافاً صح
شرعي فذلك حكم لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله
إذا رفع إلى حاكم من أصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف وأبطل اليمين
نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعد والحسن أن يقول أبطلت اليمين ونقضت

هذا الطلاق واما ان يكون الخلاف في نفس القضا ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضا فاذا قضى بجنسه وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضا آخر يرجح احدهما وذلك مثل القضا على الغايب وللغايب وقضا المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضا الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغايب او قضى الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحته حكمه بجنسه يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا فقبل القضا لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاوه ولا ينفذ بتنفيذ قاضي آخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان قضاه وقع باطلا لمخالفته الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضا بشاهد ويمين او بالقصاص بتغيير الولي واحد من اهل المحلة ومتيقنة او بصحة نكاح المتعة والموقت او بصحة بيع معمول البعض او بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الحلة او اجارة الحد او بسقوط الدين بمضي سنين او بجواز بيع جنين تحت امه ومات في بطنها او بحل المطلقة ثلثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال عفو المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلث جملة او بعدم وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لو قوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ ومن بيع ام الولد من هذا الفصل عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف بينهما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلما على احد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم

اي بيمين الولي

عبد صح

وعندهما

وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الايمة يرتفع به بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي بخلافه لضعفه قال وينفذ القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة اي في الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امراة وهي منكوحة الغير او معتدته وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع الا ترى ان المتفرقين باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه ان يكون المحل قابلا واذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشا وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه مقتضى في ضمن صحة القضا وما ثبت مقتضا لا يراعى فيه شرايطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا والفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في اسباب الملك تزاحما وليس بعض البعض اولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب لا يمكن فلا يتعين البعض بغير حجة بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشرا والاجارة

ملاك

س

والنكاح والإقالة والفرقة بالطلاق أو غيره وفي الهبة والصدقة روايتان
وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لأن القاضي لا يملك إنشاء
التبرعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه وفي
رواية ينفذ لأن النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه
ولا الخصم محل ولأن البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع ألا ترى أن المكاتب
والعبد المأذون له يملكانه وإذا ادعت المرأة أن زوجها أبانها
بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف إن علمت أن الأمر
كما قالت لا يسعها الإقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا إشكال
فيما إذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للإنشاء قبل زوج آخر وفيما
دون الثلاث مشكل لأنه يقبل إنشاء النكاح فينبغي أن يثبت الإنشاء على
قياس قول أبي حنيفة وجوابه أن يقال إن الإنشاء إنما يثبت إذا قضى القاضي
بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما بالنكاح إلا أن المرأة ادعت
الفرقة بينهما وعجزت عن إثباته عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان
فلم يحتج القاضي إلى القضاء بالنكاح قال ولا يقضي على غائب إلا أن
يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي ويكون ما يدعي على الغائب
سببا لما يدعي على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان
الغائب وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وإن لم يحضر
من يقوم مقامه لأنه عليه السلام قضى لهند امرأة أبي سفيان بالنفقة
وأبو سفيان غائب فقال لها خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك
وقوله عليه السلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور
خصم ولأن الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز
القضاء بها كما إذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه السلام لعلي
رضي الله عنه لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا
سمعت

سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه أحمد وأبو داود والترمذي
بمعناه ولأن القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الإنكار
فلا يصح ولأن وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لأنه يحتمل أن يقر
الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة فإنه بالإقرار يقتصر
وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ألا ترى أنه عليه السلام قال
فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على أن العلم
بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وأن الجهل به يمنع القضاء وأنه لا يرتفع
إلا بكلامهما ولأن البينة لا تكون حجة إلا إذا عجز المنكر عن الطعن
في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا تكون حجة ولا حجة لهما في حديث
هند لأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى وإعانة لها في أخذ ماله ألا
ترى أنها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه السلام عالما أنها امرأته بأنها
ولم يكن على وجه القضاء أصلا وكذا قوله عليه السلام البينة على المدعي
ليس لهم فيه حجة بل هو حجة لنا لأن البينة اسم لما يحصل به البيان وليس
حق المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لأن المدعي عالم بحقه والقاضي
كان له بكلام المدعي إذا لم ينكر له منازع فتعين أن يكون في حق الخصم وكذا لو
أقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب المدعى عليه
لا يقضى عليه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البينة
من غير إعادتها وكذا إذا غاب قبل التزكية ولو أقر عند الحاكم فغاب قبل
أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لأن له أن يطعن في البينة ويبطل به دون
الإقرار وعن أبي يوسف أنه يقضي بالبينة ثم من يقوم مقامه قد يكون
بإنابته أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر
وقد يكون حكما وذلك بأن يكون ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه
على الحاضر وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب

شيئا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد انسان وانكر ذو اليد وادعى انها
ملكه واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان الغائب او ادعى في
دار في يد انسان شفعة لان دارا بيده اشتراها من فلان وقال ذو
اليد الدار داري لم اشترها من احد واقام المدعي البينة انه اشتراها
من فلان الغائب وادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغائب بامره
واقر الحاضر بالكفالة وانكر الدين واقام المدعي البينة ان له على الغائب الف
درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغائب والحاضر
حتى اذا احضر الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما
يدعيه عليهما شيئين مثل ان يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه اربعون
فاقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا
او قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما
اعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين
شيء واحد لا ينفك احدهما عن الاخر ولانه الشهادة لا تنفك عن
الجرح وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا لو اقام احد الولي البينة ان شريكه
الغائب عفى عن القود وقال انقلب نصيبي مالا تقبل وان كان احد الحقين
ينفك عن الاخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق الحاضر مثل ان يدعي
رجل انه وكيل الغائب بنقل امراته او عبده اليه فاقامت المراة
او العبد بينة انه اعتقه او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما
فليس للوكيل ان ينقلهما ولا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا تعتقان
وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى ان مولاها زوجها من فلان الغائب
واراد ردها بعيب التزوج لا تقبل بينته لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو
كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب
يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل ان تقول المراة لزوجها

انك

انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا واقامت بينة
ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان ن
لا يتضرر تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار
فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتاخرين
من قال في الشرط ايضا تقبل مطلقا كما في السبب منهم علي البزدوي
لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط اتفاقا
ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي ولا الاب لان القاضي
يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران
على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا
ترى انه لا يجوز التاجيل فيه [illegible] الشرع غاية لمكانه ولانه
باقراضها يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض على مر الزمان
ويرد شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول
ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن
تصرف في حفظه لان القاضي لكثرة الاشغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ
بنفسه وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق القرض انظر لليتيم لانه
يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان هلكت تهلك لا عن شيء ويؤمن ان لا
يجحد المستقرض لانه يعلم انه القاضي ولكونه لا يقرضه لديانته ويعرفه
باحوال الناس فلا يقرض الا من يؤمن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتب الصك
ليحفظه لانه لكثرة اشغاله يخاف ان ينساه قال شمس الائمة الحلواني في الاب
روايتان الظاهر منهما انه ليس له ان يقرض والمعتمد ما بينا وليس له ان ياخذ مال
ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن عن ابي حنيفة وقيل له
ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو

اختل احدهما حاله اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على
الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا يرى انه ليس له
ان يتعرض للمعسر اصلا فلهذا ليس له ان يتركه عنده اصلا والله اعلم

كتاب التحكيم

○ لما كان التحكيم من انواع
الحكام ذكره في كتاب القضا وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما
الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم
الزوجين واما السنة فما روي انه عليه السلم نزل على حكم سعد بن معاذ
في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال وان حكما رجلا
ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة
صح لو صلح الحكم قاضيا لما تلونا وروينا ولان لهما ولاية على انفسهما فصح
تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه
بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ
حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان التحكيم بمنزلة الصلح
بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما على
العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة
حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو
ثبت القتل باقرار او ثبتت جراحة ببينة وارشها اقل مما تتحمله العاقلة
خطا كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما تتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا
لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله واجاز في المحيط
التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط
ان يكون صالحا للقضا لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط
في القاضي حتى لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز
لانه

لانه لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا
او امراة جاز كما في القضا لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر
لانه اهل الشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضا ليحكم بين اهل الذمة واحدهم
قال ولكل من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما
فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله
قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب ان لا يصح
عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم
فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات
قال فان حكم لزمهما لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما
كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولان حكمه لا
يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه
بعد تمامه فهذا اولى قال وامضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه نقضه
يعني اذا رفع حكمه اليه وتحاكما عنده يقبله ان وافق مذهبه لانه لا فائدة
في نقضه ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضا ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه
نقضه اذا رفع اليه لان امضاه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه
قال والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه
لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله
وان خالف مذهبه الا ان يخالف الكتاب والسنة والاجماع لان المولى
من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة
فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يمكن احد من نقضه
بحكم العام بنفسه بخلاف الحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له

ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات
حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فكذا هذا وهذا لانه
اعطي له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضا وفي حق
غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة
الامام حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه كحاكم يخالف الدليل الشرعي وجوابه
ما مر ولو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود
وهما على حالهما تقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا تقبل
لانقضا الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال
المحكم لهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا او كذا او قامت عندي
عليك بينة بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به
لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشي او قامت
عليه بينة بشي نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشا الحكم عليه بذلك فيملك
الاقرار به كالقاضي المولى اذا قال في حال قضايه لانسان قضيت عليك لهذا
باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار
المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقال لا تحكم
بيننا وقال المحكم حكمت فالمحكم يصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استينافه
فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشا الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشا الحكم
ولا يملك الاقرار به وقال فيه الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلثة اما
بالعزل او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت وبخروجه
من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله وان لم يلحق بدار الحرب
ولو غاب او اغمي عليه ثم برى منه او قدم من سفره او حبس كان على حكمه لان اهلية

الاشيا

الاشيا لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضا ثم عزل عنه
فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة
الوالي وكذا لو حكما شيئا في بلد اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان
له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو
حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما قال
ويبطل حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم
اي يبطل حكم الحاكم لهولا كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم وهذا
كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لام امراته
وابيها وكذا لامراة ابنه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحيا
لان شهادته جايزة فهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضا له قضا
لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم
التهمة ويجوز القضا للاخوة واولادهم والاعمام لان شهادته لهم جايزة والله
اعلم بالصواب

مسايل شتى

لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة فيه بلا رضى ذي العلو يعني اذا
كان لرجل سفل ولاخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه
كوة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى
هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا او يضع عليه جذوعا
او يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع
الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما
الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير
فما اشكل يبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل

ولانه الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي ثم
والله اعلم

لانه يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم صح

تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستاجرة والاطلاق لعارض وهو عدم
الضرر بتيقن فما اشكل بقي على اصل الحظر وهذه الاشياء من المشكل وظهر
فيها اثر الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع
صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب السفل ان يبني ان شاء
ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع
اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين
بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها
احدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه
يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت
الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا
لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر
اذ لا تمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم
صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق
الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه
بعتق او نحوه وذكر الحلواني ان كل من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل
احدهما بغير امر الاخر لا يرجع لانه متطوع اذ كان يمكنه ان يجبره وذلك
مثل كري النهر او اصلاح سفينة معيبة وفداء العبد الجاني وان لم
يجبر لا يكون متطوعا كمسالة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوسل الى حقه
اصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر
في النهاية معزيا الى قاضيخان ولو اراد صاحب السفل في ساحة السفل
ان يحفر بيرا عند ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما

الحكم

الحكم معلول بعلة الضرر قال وزائغة مستطيلة ينشعب عنها
مثلها غير نافذة لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة معناه
سكة طويلة تنشعب منها سكة اخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل
السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور
ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص
الا انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى فلو
مكنوا من فتح الباب يخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة
ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويبقى الباب المفتوح ويجعل داره من
تلك السكة فيمنع منه لانها ملكهم ولا يشاركهم فيها غيرهم ولانه
يلحقهم ضرر بان يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق
حق العامة وهو من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره
وهو له ان ينقض كله فاولى ان يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول
لما ذكرنا ولانه يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل
بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني
بخلاف ما اذا كانت الزائغة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد
من اهل الاولى فتح الباب لها لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها
اعوجاج حتى بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة
وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا
كانت السكة غير نافذة اما اذا كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق
المرور ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات
ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك
لا يضر بالجيران وما فيه من الدخان والدواء يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين
جاره حائطا وعن ابي يوسف ان الجيران ان تاذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون

دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون
من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بئرا فنز منها حائط
جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول
اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين
او رحا للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا
فاحشا لا يمكن التحرز عنه وفي القياس له ان يجوز لانه تصرف في ملكه وترك ذلك
استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب
من جاره ان يساعده في البناء قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث رحمه
الله يجبر في زماننا لانه لا بد من ستر بينهما وقال قاضي خان ان كان الحائط
يحتمل القسمة ويمكن كل واحد في نصيبه الستر لا يجبر والا اجبر وقيل ان كان
يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع في
سطحه فلا يمنعه ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة — قال صح
فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة
لا تقبل وبعده تقبل لوجود التناقض في الوجه الاول لانه يدعي الشرا بعد
الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما
وفي الوجه الثاني يمكن اذ الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا
يكون متناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسألة بحالها لا يقبل في الاولى
ويقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق في ذلك بين ان يقول جحدني
الهبة اولا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه يدعي شرا ملكه لانه اذا
ملكه في وقت الهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا بعد ذلك الا انا نقول لما جحد
الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة اذ جميع العقود تنفسخ بالجحود اذا
وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم
يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغي ان تقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا
متاخرا

متاخرا ومثله لو ادعى دارا في يد رجل انه اشتراها من ابيه في حياته
وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف ذو اليد فاقام
المدعي بينة انه ورثها من ابيه تقبل لامكان التوفيق على ما قلنا ولو ادعى
الارث من ابيه اولا ثم ادعى الشرا منه لا تقبل لعدم امكان التوفيق وهذا
يبين ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق وقيل لا بد من دعوى
التوفيق من المدعي والا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم
التوفيق بدون دعواه استحسان قال ومن قال لآخر اشتريت مني
هذه الامة فانكر فللبائع ان يطأها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد
الشرا كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد — بجاره صح
من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة الاستعارة — له
فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ
فحل له وطئها وله ان يردها على بائعه بالعيب ان وجدها عيبا قديما
بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة
انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية اذا عزم على ترك الخصومة
قبل تحليف المشتري ليس له ان يردها على بائعها لانه غير مضطر
في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا
في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض
فينبغي ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فان لم يكن
جحد على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل
فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا الحكم لا
يثبت بمجرد العزم وانما يثبت بالعزم والامساك او بالعزم والفعل وهو
التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة الى بيته او بالاستخدام
او امساكها لانه التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة

اذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره اجرتك هذه الدابة يوما
لتركبها فاخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ
والاستعمال لا يحل بدون القبول قال ومن اقر بقبض عشرة ثم
ادعى انها زيوف بعدما اذا اقبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى انها قال ص
زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا او مفصولا وكذا اذا ادعى انها
نبهرجة ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد
والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة
جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد
فيصدق في انه قبض حقه مع تعيبه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او حقه او الثمن او استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لانه مناقض بيان دعواه
لان الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه
مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف
التمام فكان عبارة عن قبض حقه التام وبخلاف ما اذا قبض المشتري
المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع
فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفى نفس حقه فلا يقبل دعواه العيب
بعد ذلك صار مناقضا فلا تقبل دعواه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا
تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما اقر بقبض
الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله
قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا
او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انه كان
زيوفا ينظر فان قال مفصولا لا يصدق وهو المراد بما ذكرناه وان قال موصولا
صدق وقال في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا
لا مفصولا كذا ذكر في شرح الاسلام ثم الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة
ما يرده

لله

ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوش
والنبهرجة هي التي تصرف في غير دار السلطان والستوقة صفر مموهة
وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان عليه الصفر او النحاس هو الغالب قال
ومن قال لآخر لك علي الف فرده ثم صدقه فلا شيء عليه يعني اذا اقر لغيره بالف
فرده المقر له بان قال ما كان لي عليك شيء او قال بل هو لك او لفلان ثم صدقه
فقال بل كان لي عليك في [illegible] او نحوه فلا شيء على المقر لان الاقرار هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم
بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه لان احد المتعاقدين
لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فيبقى على حاله فيعمل فيه
التصديق واما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر
بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة حتى
اذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب قرار لا يحتمل
الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار او الابراء عن الدين او هبته
له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك
فرد لا يرتد بالرد لان [illegible] هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد
بالرد ولو اقر بشيء لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل
ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان الاقرار حجة عليه
كالشهادة ولان دعواه متناقضة فتفسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على
فلان شيء ثم ادعى ان له عليه دينا واراد تحليفه لا يحلف وعند ابي يوسف اذا
ادعى انه اقر كاذبا واراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على هذه
الاشياء قبل تحققها تحرزا عن امتناع الآخر عن التسليم قال ومن ادعى
على آخر الفا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على الالف وبرهن هو على

القضا او بالابرا قبل اي اذا ادعى رجل على رجل الف درهم فقال المدعى
عليه ما كان لك على شي قط فاقام المدعي البينه ان له عليه الف درهم واقام
المدعى عليه البينه انه قضاه او ابراه المدعي عنه تقبل بينه المدعا عليه
وقال زفر لا تقبل لان القضا والابرا يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون
مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه الا ترى
انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شي فيثبت ظاهرا ثم يقضي الا ترى انه
لو ادعى القصاص على شخص فانكر فاقام المدعي البينه واقام المدعى عليه البينه
على العفو او الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى
الرق تقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك على شي لان التوفيق فيه اظهر لانه
للحال قال ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه الكلمه على ما ذكر بان
قال ما كان لك على شي قط ولا اعرفك لا تقبل بينه المدعا عليه على القضا
او الابرا لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معامله من دفع
واحد واقتضا بلا معرفه احدهما صاحبه وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان
المحتجب من الرجال والمخدره قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض
وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال
في النهايه فعلى هذا قالوا لو كان المدعا عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل
بينته وفي الكافي قيل تقبل البينه على الابرا في هذا الفصل باتفاق الروايات اذا صح
وقال المشايخ لو قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا تقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى
اقرار المدعي بذلك فيقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحه الاقرار قال
ومن ادعى على اخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشرا
فوجد بها عيبا فردها عليه فاقام البائع البينه انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل
بينه البائع وعن ابي يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبيعها هو وانما
باعها

باعها منه وكيله وابراه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره
ما ذكره ابو يوسف انه لو ادعى الشرا من شخص وهو ينكر فاقام
المدعي البينه على الشرا منه واقام المنكر البينه انه قد رد المبيع
عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التاويل ويقول اخذه مني بالبينه كالدابه
ثم استقلته منه فاقالني ووجه الظاهر ان شرط البراه تغيير
للعقد من اقتضا وصف السلامه الى غيره فيقتضي وجود العقد
اذ الصفه بدون الموصوف لا تتصور وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف
ما تقدم من مسئله الدين لان الباطل قد يقضى على ما مر قال ويبطل
الصك بان شا الله اي يبطل صك الشرا والاقرار اذا كتب في اخره
ان شا الله حتى يبطل الشرا والاقرار بذلك ولا يلزمه شي لان الاستثنا
مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في اخر الصك ومن قام بهذا
الحق فهو ولي ان شا الله او كتب فما ادرك فلانا من درك فعلى فلان
خلاصه بطل الصك كله عند ابي حنيفه حتى يبطل الاقرار والشرا
وقالا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل
ويبقى الدين على حاله اذ الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق
فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه فينصرف الى
ما يليه ضروره الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكالته وقال
في اخره تفعل كذا وكذا ان شا الله ينصرف الاستثنا الى ما يليه لا يبطل
الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشي واحد بحكم العطف فيصرف
الى الكل كما في الكلمات المعطوفه بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته
طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شا الله وما ذكراه من العاده انما
جرى بان يترك فرجه او يكتب خط على حدته فلو فعل هنا ذلك ينصرف
الى ما يليه ولا يبطل الشرا ولا الاقرار لانه يتجدد كالسكوت حاله

الطو ولان الاستثناء انما يكتب في كتب الرسائل للتبرك عادة لا
للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع
ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت بينهم ان يكتب في اسفل
الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه اي وكيل بالخصومة باثبات
ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة ان يثبت به رضا الخصم بالتوكيل
لان التوكيل بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم عند ابي حنيفة وهذا
لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع حق
للخصم فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا
اذ لا يؤدي الى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لا يفيد على قوله ايضا
وانما يفيد على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل
المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن ابي ليلى يجوز فيفيد قال
وان مات ذمي فقالت زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة
اسلمت قبل موته فالقول لهم وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث
والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاته واقرب اوقاته ما بعد
الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت
فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبره
للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق
ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته
فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا
ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك واما
الورثة فمرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا فحاصله ان الظاهر
لا يصلح للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق في المسئلتين ولا يرد على هذا
ما يذكر على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد فقال رجل

يصلح للدفع وهم يدعون به الدفع كان القول قولهم صح

فقالت

٢٤

فقأت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري فقأته وهو في ملكي
كان القول للمشتري فيأخذ ارشه منه فاستحق بالظاهر لا بالقول لانه
يجوز ان يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد
الظهور ومنها ما اذا اختلف المؤجر والمستاجر في جريان ماء
الطاحونة وحكم وكان جاريا في الحال يستحق الاجرة بهذا الظاهر
لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا
في الحال واما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به فههنا سبب
الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود في الحال بخلاف الزوجية
في مسئلة الميراث فانها ليست بموجودة في الحال ومنها ان المراة
اذا ادعت ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا فترث وقالت الورثة
ابانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى
اقرب اوقاته لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة
والاصل عدمه فترث قال وان قال المودع هذا ابن مودعي لا
وارث له غيره دفع المال اليه يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل
وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه
دفع المال اليه لانه اقر بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار
كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه
وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام
حق المودع في العين اذ لا تنقطع عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يصل اقراره
عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه
حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ الديون تقضى بامثالها
فيؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال علاء الدين ليس له
ان يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد

الحاصم

جودا

موجود في الحال وكذا في المسئلة الاولى السبب وهو ملك الرقبة صح

ل

لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون
بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جاء المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم
الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي
ان يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في
اللقطة اذا اقر الملتقط انها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى انه وصي
الميت فصدقه مودع الميت وغاصبه او وصيه لا يؤمر بالدفع اليه
قال وان قال الاخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضي للاول يعني
قال مودع الميت لرجل اخر بعد ما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه الابن
الاول قضي بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون
هذا اقرارا على الغير ولا يصح كما اذا كان للاول ابنا معروفا بخلاف اقراره
الاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر
له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدا بالاقرار بما في يده لانسان
ثم اقر بان القاضي المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر قبل قلنا
هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضاء القاضي ذكره
في النهاية قال واذا قسم الميراث بين الغرماء لا يتكفل منهم ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ياخذ
الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل
الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم واما اذا ثبت بالاقرار ياخذ كفيلا بالاتفاق اذا ثبت
وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا ياخذ منهم كفيلا بالاتفاق وتفصيل ما
يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد
الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا اختلاف فيه من ذلك يذكر
في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل ان
يكون له وارث او غريم غايب بل هو الظاهر لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة

بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او الابق الى صاحبه او اعطى امراة الغائب
النفقة من مال زوجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر
ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا
اثبت الشراء ممن هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه وهذا
لان القاضي مامور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر ولا يجوز تاخير اربابه لانه
لو لم يجد كفيلا كان منع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل
لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والابق واللقطة
على الخلاف والاصح ان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما اثبت بينه حرم
تاخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع اليه في هذه الحالة غير
واجب فلهذا جاز منعه وكذا التاخير لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات
بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث
له غيرهم ولا غريم بالاتفاق ولو كان التاخير ظلما لما فعل ذلك الا انا نقول
لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى معنى اخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل موهوم
غير ثابت الا ترى ان الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا اخر ولو كان
لاجل الوهم يكفل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم بحثا ط
لنفسه بطلب علم زائد بانتفاء الشريك المستحق بعد تقرر الاستحقاق ومثله
جائز الا ترى ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو ليس
بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه يراد به طمانينة القلب فكذا
التلوم وقدر مدته مفوض الى راي القاضي وقدره الطحاوي بالحول وقوله
وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على ان المجتهد يخطي ويصيب وعلى
ان ابا حنيفة بريء عن الاعتزال لا كما طعنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال
ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا
معناه ان كل مجتهد يصيب بالاجتهاد اذ هو المامور به وهو مخطي في حق عمله

حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان اخطا الحق الذي هو عند الله
تعالى فيكون كأنه اصاب الحق قال ولو ادعى دارا ارثا لنفسه ولاخ
له غائب وبرهن عليه اخذ نصف المدعى فقط يعني اخذ النصف الذي هو نصيب
الحاضر وترك نصيب الغائب في يد ذي اليد ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وجعل
في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن فلا يترك في يده اذ لا يؤمن
الجحود ثانيا والقاضي نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده من النظر شي
لان البينة لا توجد في كل زمن ولا كل قاض يعدل فيتعين الاخذ منه ووضعه
في يد عدل ولانه يخاف ان يتصرف فيه لان من يدعي ان لا شي له وهو في يده
لا يمتنع من التصرف فيه على الانكار وغير عدل بخلاف ما اذا كان مقرا لان
النظر في تركه في يده متعين ولابي حنيفة ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب
في استيفا نصيبه وليس للقاضي ان يتعرض لودائع ولا لغيرها حتى يخلفها
من الذي هو في يده فصار نظير ما لو عرف القاضي ملكا لانسان لم يره
في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه ولهذا
وهذا لان القضا وقع للميت مقصودا ولهذا قضى على ذي اليد بكل
الدار لحضور البعض من الورثة ويقضى بها ديونه وينفذ منه وصاياه
وصاحب اليد مختار الميت ويحتمل ذلك فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا
وجحوده قد ارتفع بقضا القاضي والظاهر انه لا يضر به ولا يعلم الجحود
بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي
ولا يقال يحتمل ان يموت القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت
القاضي والشهود الذين عاينوا القضا او الذين شهدوا باصل الحق ونسيانهم
من النوادر ما يكون على العشر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك
النصف الذي هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل ليحفظه

كازم

لحاجته

لحاجته الى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصي
بيع المنقول على الكبير الغائب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب في ذلك
حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه
على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيما كانوا يملكونه
وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر يعني انه مصون
عنده ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان الترك ابعد من التوى
وانما لا يؤخذ الكفيل منه لان فيها انشا خصومة والقاضي نصب لقطعها
لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضا
لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم
بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا
فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفا فانه عامل فيه لنفسه
لا عن الميت فلا يصلح نائبا لهم ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه
مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه
فيكون نائبا لهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضا على جميع
الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ
بقدره لان دعوى العين لا يتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في
قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه
بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال ومن قال مالي او ما املك
في المساكين صدقة فهو على مال الزكوة ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل شي
والقياس ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله
لان اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال

في باب الصدقات بايجاب الله تعالى فينصرف الى البعض كما في قوله تعالى
وفي اموالهم حق وقوله خذ من اموالهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف
الوصية لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي ولان
العادة ان الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكوة حالة
حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكاة
وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة سوا بلغت نصابا او لم تبلغ قدر
النصاب وسوا كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر
جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها ويدخل فيه الاراضي العشرية
عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه مصارف الزكاة
فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد لا تدخل لانها سبب المؤنة
ولهذا تجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك لها كالاوقاف
فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع
قول محمد قال ذكره التمرتاشي بعينه ولا تدخل الارض الخراجية لانها تمحضت
مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار واثاث المنازل وثياب البذلة
وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكوة لما ذكرنا ومن مسائلها
من قال في قوله ما املك جميع ما املكه في المساكين صدقة يجب عليه ان يتصدق
بجميع ما ملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله
مالي صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من المال الا ترى ان الملك يطلق
على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة والمال
لا يطلق على ما ليس بمال عادة فان لفظ الملك اعم يتناول جميع ما يتصدق به كما لو
نص عليه بان قال كل ما املكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو
الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في احدهما
واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان

عادة

عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس
ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيئا بعد ذلك تصدق بمثل
ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف الناس
من ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم
يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلافهم وباختلاف
ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل
ثلثة ايام وبعضهم الشهر وبعضهم اكثر وهذا اهل التجارة واهل الزرع يتجدد
لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت
وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان يتجدد
له حاصله قال — ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي
بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز
البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن
ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا
ان احدهما في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلا فة
لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث
وثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع الجد
ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف
في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من ثبت له الولا يه
كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر يتصرف بنفسه
فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن
بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز
تصرف الماذون له فيه لان الاذن مأخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا

العيال ثم

البضائع

يتصور بدون العلم قال ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه أي إذا وكل رجلا
ولم يعلم فأعلمه واحد من الناس أن فلانا وكلك جاز تصرفه سواء أخبره بذلك
عدل وغير عدل صغير أو كبير لأنه من المعاملات ولهذا لا يشترط فيه الحرية
ولا الإسلام وحاصله أنه من المعاملات ولا يشترط فيه إلا التمييز قال
ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين كالإخبار للسيد بجناية عبده
والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة
إلا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدلين كالجرح وهذا عند أبي حنيفة
وقالا لا يشترط في المخبر هذه الأشياء إلا التمييز لأنها من المعاملات فصار
كالإخبار بالوكالة على ما بينا ولأبي حنيفة أن في هذه الأشياء إلزاما من وجه
فيشترط فيه أحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة بيان الإلزام أن
الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف ولا يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف
وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب
لا يلزمه شيء وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد
لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الأرش
وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه
العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا
يشترط فيه العدد ولا العدالة فإذا كان فيه إلزام من وجه دون وجه
يشترط فيه أحدهما وقد بيناه في النكاح وأما المسلم الذي أسلم في دار الحرب
ولم يهاجر إلينا فالأصح أنه يقبل فيه خبر الواحد الفاسق حتى يجب عليه
الأحكام بخبره لأن المخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله
عليه السلام ألا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط فيه العدالة كالبكر
إذا أخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما إذا عزله الموكل وبلغه
وأما إذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالإجماع لأن نهي العبد معتبر

بنواهي

وليس فيه إلزام وإنما فيه الإطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات صح

بنواهي الشرع فكذا لا يثبت النهي في الشرع بعد الإطلاق قبل البلوغ
إلى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فلذا نهي العبد وهذا في العزل
القصدي وأما إذا كان حكما فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك
مثل موت الموكل وجنونه جنونا مطبقا قال ولو باع القاضي أو أمينه
عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لضياع ثمن العبد
في يد البائع وهو القاضي أو أمينه لم يضمن القاضي ولا أمينه الثمن للمشتري
لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الخليفة وكل واحد
منهم لا يلزمه الضمان لأنه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول هذه
الأمانة فلا يلزمهم الضمان وتتعطل مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن
وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم إلى المشتري لا يضمن القاضي
ولا أمينه الثمن لما ذكرنا قال ورجع المشتري على الغرماء لأن البيع
واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة
على الموكل إذا تعذر جعلها على الوكيل بأن كان الوكيل عبدا أو صبيا محجورا
عليه لأن العقد وقع له قال وإن أمر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق
أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأن الوصي
هو العاقد نيابة عن الميت فيرجع الحقوق إليه كما إذا وكله حال حياته
وهذا إذا كان الميت وصى إليه ظاهر وكذا إذا نصبه القاضي لأن القاضي
إنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي فصار
كمن أوصى إليه الميت قال وهو على الغرماء أي يرجع الوصي على الغرماء
لأنه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع
له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لأن دينه
لم يصل إليه فيرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري في المسألة الأولى وهو ما
إذا كان البائع هو القاضي أو أمينه لأنه قضى حقه وهو منتظر فيه

وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي
كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والوارث اذا ضاع له كان بمنزلة الغريم
لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه هو العاقد
رجع عليه المشتري لما ذكرنا قال ولو قال قاضي عدل عالم قضيت
على هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله وسعك فعله قيل هذا
بكونه عدلا وعالما وفي الجامع الصغير لم يقيله بهما وهو الظاهر وانما
يسعه فعاله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى واطيعوا
الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر عن امر يملك
انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولى في موضع الا
قاض واحد في الامصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولى في مكان قاضيان
نعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا تاخذ بقوله
الا ان تعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا
لفساد اكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن ولان قول خبر الواحد
دون الانبياء عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط
الا في كتاب القاضي الى القاضي لضرورة احياء الحقوق ولان الخيانة في مثله
قل ما تقع وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل
قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته يؤمن عن الميل
بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان
الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا فان احسن تفسير شرائطه مثل ان يحكم
بحد الزنا مثلا باقرار او ببينة فياتي بشرائطه عند التفسير وجب
تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرائطه
من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا

فلذلك

فلذلك الا ان تعاين الحجة لاحتمال الخطا والخيانة قال الله تعالى في
نبأ الفاسق ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا
القول واذا لم تصدقه فلا يمين على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي ضي
ليس بخصم وانما هو امين ولهذا صار خصما لما نفذ قضاؤه قال وان قال
قاض عزل لرجل اخذت منك الفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك
فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع
يدك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه ماله مقرا انه فعله وهو
قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضائه صار معترفا بشهادة
الظاهر للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان
بحال فيجعل القول قوله ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لانه ثبت انه
فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر
الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة
ودفعه صحيح فصار كما اذا اقر به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ
منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ او انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل ل
كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان فصار
كما اذا قال طلقت واعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الائمة بيه
السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي
لان الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق هذام
الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد تحكيم الحال كما اذا
اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان
فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسألة الاولى
لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار
فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمهما الله ونظيره اذا قال

العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له بل
قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد
قد اعتقه اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت عبد فقال
المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع
اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان
القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قايما فالقول قول الموكل
لانه اخبر عما لا يملك الانشا فيصير مدعيا وكذا في مسلة الغلة لا يصدق
في الغلة القايمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التمليك ولو اقر
القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا
بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال
سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق
فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان الضامن
فوجب ان لا يضمنا كالقاضي قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى
منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة
قطعية لكون اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضا
القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان
ينبغي ان يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان
لامتنع الناس عن تقلد القضا حذار الضمان بعد العزل فترك ولو كان المال
في يد الاخذ قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي
في انه فعله في قضايه او ادعى انه فعله في غير قضايه يوخذ منه لانه اقر
ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس
بحجة وهي نظير مسلة الغلة على ما بينا ومن نظاير هذه المسايل ما لو قال فيه
الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليك كذا وكذا من المال وانكر اليتيم ذلك
كان

كان القول قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية للضمان واورد
في النهاية على المسايل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت
يدك وانت امتي فقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل
شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر للضمان
باسناد الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالتفرقة بينهما من حيث ان
المولى اقر باخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في اقراره
ولا يصدق في دعواه التمليك له وكذا لو قال الرجل اكلت طعامك باذ بك
وانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق عن مخلص

كتاب الشهادة

قال هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان
هذا في اللغة ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبي عن المعاينة
وسمي الادا شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة
من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة
وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه
مجلس القضا ولفظة الشهادة وشرطها العقل الكامل والضبط والو لانه
والعدالة على التميز بين المدعي والمدعا عليه وركنها لفظ اشهد
بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه
الشهادة والقياس يابي ان تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل
للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال ويلزم
بطلب المدعي اي يلزم ادا الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله
تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الابا وعن الكتمان لكن
النهي عن الشي يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتها لا يكون

الا بالاشتغال به فصار اداء الشهادة فرضا قطعا كفرضية الامتناع عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم الى الالة التي وقع بها الفعل وهو القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله ابصرته بعيني اكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت قالوا لا يأثم وان ادى غيره ولم يقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له شيء يركب فاركبه المدعي من عنده قالوا لا باس وتقبل شهادته لانه من باب اكرام الشهود وقد قال عليه السلام اكرموا الشهود وان كان يقدر فاركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال وسترها في الحدود احب لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما نقل من تلقين الحدود عن النبي عليه الصلاة والسلام واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد او تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا الاية لان ظاهر الاية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة لاجل انهم امنوا وذلك صفة

الكافر

الكافر فعلم ان الوعيد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاستشهاد به بقوله فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا احسن والاولى وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي والحدود ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس احد الحقين على الاخر قال ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا اجتماع فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيفوته مراعاة حقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال وشرط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولقوله عليه السلام ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب شياع الفاحشة على المؤمنين كما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قل ما يتحقق ولو وجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا تعارض في هذه النصوص الا بيان جواز

العمل بهذا العدد وليس فيه شان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول هو كذلك
لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفا الحكم عند انتفا المذكور ولكن لا يوجبه
ايضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند انتفايه
لا ينفيه الا لعدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد
وجد الدليل على انتفايه عند انتفا العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابه
ومن بعدهم الى يومنا هذا ان الشهود على الزنا اذا نقص عددهم عن الاربعه
يجب عليهم الحد لكونهم قذفه الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثه
الذين شهدوا على مغيره بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونها لما وجب عليهم
الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يعدى القياس على غيره من الحقوق
لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواه بين
الاصل والفرع والا يكون في الفرع نص يخالف العله قال
وبقيه الحدود والقصاص رجلان لحديث الزهري مضت السنه من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده الا شهاده للنسا في
الحدود والقصاص وقال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهاده
النسا فيها شبهه البدليه لان كل ثنتين منهن قايمه مقام رجل فلا تقبل
فيما يندرئ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت
فيها شبهه البدليه لا حقيقتها لان البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدره
على الاصل غالبا وشهاده امراتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال
ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين قالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين
فليشهد رجل وامراتان ولولا هذا التاويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود
الرجال وشهادتهن معتبره معهم عند الاختلاط بالرجال ايضا
حتى اذا شهد رجال مع نسوه بشي لهما فالحكم الى الكل حتى يجب الضمان
على الكل عند الرجوع قال وللولاده والبكاره وعيوب
النسا

النسا فيما لا يطلع عليه رجل امراه يعني يشترط لثبوت هذه الاشيا شهاده
امراه لقوله عليه السلم شهاده النسا جايزه فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس
فيتناول الاقل وقال حذيفه رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه
وسلم شهاده القابله على الولاده وقال الشافعي يشترط فيه ان يشهد
اربعه من النسا لان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهاده
وقال ابن ابي ليلى يشترط ان يشهد فيه ثنتان من النسا لان المعتبر في باب
الشهادات شيان العدد والذكوره وتعذر اعتبار احدهما فيبقى الاخر وهو
العدد على حاله والحجه عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط صفه
الذكوره ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد
لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنتان لما فيه من معنى الالزام
ويشترط فيها ساير شرايط الشهاده من الحريه والاسلام والعقل والبلوغ
والعداله وحكم شهادتهن في الولاده والبكاره والعيوب قد ذكرنا
كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في
استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند ابي حنيفه لانه مما يطلع
عليه الرجال ويقبل في حق الصلاه عليه لانه من امور الدين كشهادتها
في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان الاستهلال
علامه حياته ولا يعرف الا بصوت ولا يحضرها الرجال عاده فصار
كشهادتهن على نفس الولاده ويقبل في الولاده شهاده رجل واحد ايضا
لانه لما قبل فيه شهاده المراه كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا
فيما اذا قال تعمدت النظر والبعض يقبل كما في الزنا قال رحمه الله
ولغيرها رجلان او رجل وامراتان اي لغير الحدود والقصاص وما لا
يطلع عليه الرجال شهاده رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير

ما لك النكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما
ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في
الأموال وتوابعها كالأجل وشرط الخيار لأن الأصل عدم قبول شهادتهن
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للخلافة
ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وإن كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص
وإنما قبلت في الأموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها
ولا كذلك غير المال ولنا ما روي أن عمر وعليا رضي الله عنهما أجازا
شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولأنها حجة أصلية لا ضرورية
والأصل فيها القبول لوجود ما تبتنى عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي
تبتنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط
ينتفي بإتقان المعاينة والضبط والأداء لأن بالأول يحصل العلم للشاهد
وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل
روايتها في الأخبار وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء
النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر
بضم أخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة
كالمال بل فوقه ألا ترى أن النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق
والمال لا يثبت به وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص
لأنها لا تثبت مع الشبهة قال ــــ وللكل لفظة الشهادة والعدالة
أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما مضى بيانه لفظة
الشهادة والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل
شهادته لأن النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها
من زيادة توكيد لأنها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والامتناع
عن الكذب بهذه اللفظة أشد إذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الألفاظ

بخلاف

الحرية والإرث ولوجود أهلية القبول وهي تبتنى على ...

بخلاف غيرها من الأوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به
ل الأمر بل يأتي بكل لفظ يعطي ذلك المعنى في التكبير والإيمان حتى صح التحرم
هو م في الصلاة بلفظ التسبيح وغيره مما في معناه وكذا الإيمان يجوز بأي لسان كان
لحصول المقصود به ولأن في الشهادة إلزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على
خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص وأهل العراق لا يشترطون لفظة
ر الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الأخبار
لا من باب الشهادة والصحيح هو الأول لأنه من باب الشهادة ولهذا
يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة
هي المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى
ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولأن من باشر غير الكذب
من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب
وبالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة
ده هو الخبر الراجح الصدق ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة
لا شرط أهلية الشهادة إذ الفاسق أهل للولاية القضاء والسلطنة
فيكون أهلا للشهادة إلا أن فسقه أوجب التوقف في خبره لتهمة قال
الله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أمر بالتبين لا بالرد حتى
إذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم به وعن أبي يوسف
رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته
لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لأنه لوجاهته لا يتجاسر أحد على
استئجاره لأداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له
قد في ذلك والأول أصح لما ذكرنا ولأن في قبول شهادته إكراما له وقال عليه السلام
أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمرنا بالإهانة
قال عليه الصلاة والسلام إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون

معالنا للفسق ولا مروة له شرعا فلا تلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد
له منه قال ـــــ ويسال عن الشهود سرا وعلانية في سائر الحقوق وهذا
عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال
عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سال عنه سرا وعلانية الا في
الحدود والقصاص فانه يسال عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم لقوله
عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود في قذف ومثل
ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا
شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار لان عمله ودينه يمنعانه
عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق
كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يتوصل
الى القطع حقيقتها ولو رجح بالمزكي بخبر عن عدالته متمسك بظاهر حاله لان اقصى
ما استدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات
وهي دلالة الظاهر عليها وليست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السوال الا
اذا طعن الخصم فيه لانه لا يعطنه كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب
الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهما يدرآن بالشبهات
ويحتاط لاسقاطهما فيستقصي فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء ان يسقط
ولهما ان القضاء يبنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما
بيناه والعدالة قبل السوال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق وهو سال
فوجب ان يتعرف عنها صيانة للقضاء عن البطلان واسناد الحكم الى
البرهان وقيل هذا الخلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رضي الله عنه كان
في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح
بقوله عليه السلام خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو
الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد والاية

التي

التي تلوناها والحديث الذي رويناه يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعد
ما تغير احوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فافتى كل واحد بما شاهد هد
في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر اكثر ثم التعديل في
السر ان يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه
وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسال عنه
جيرانه واصدقاءه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتابه صح
انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن
الهتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته
فحينئذ يصرح به ومن لم يعرفه بعدالة يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل
المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في التعديل في العلانية من ان يجمع بين
المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره عند القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته
من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان
الشوكة كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم اهل الشر ويكتفى بالسر في
زماننا لما ذكرنا وقال محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد ان يقول
المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب
يكون عدلا والاصح انه يكتفى بقوله هو عدل لان من نشا في دار الاسلام
في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن
حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكر في الجامع ان الناس
احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في
هذه المواضع بل يسال عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق وقال ابو الحسن
ص ذكر في مختصره ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص
هد والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد
عبد او قال القاذف المقذوف عبد او قال الشاج ان المشجوج عبد او قالت

العاقلة العاقل عبد لا تقبل شهادته ولا يحد حد القذف ولا القصاص فيما دون
النفس ولا الدية على العاقلة حتى تقوم البينة أنه حر وهي نظير العدالة عند
أبي حنيفة فإن القاضي يحكم بظاهر العدالة لكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم
فيهم فإذا طعن سأل على ما بينا قال ـــ وتعديل الخصم لا يصح هكذا قاله
أبو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على
قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لأنه لا يرى السؤال
عن الشهود ونظيره المزارعة فإنه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى
وإنما لا يصح تعديله لأن من زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه ظالم كاذب في
الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبي يوسف ومحمد أن تزكيته تجوز إذا
كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر إليه لأنه لا يجوز
تعديل الواحد وأبو يوسف يجوزه على ما نحكي من قريب والمراد فيما إذا قال إنهم
عدول لكنهم أخطأوا أو نسوا أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه
الحق لإقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لأنهم مع كونهم
عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ ولا يلزم من كونه عدلا أن يكون ما أداه صوابا
قال ـــ والواحد يكفي للتزكية لأن التزكية من أمور الدين ولا يشترط فيه
إلا العدالة حتى يجوز تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود في قذف إذا تاب
لأن خبر هؤلاء مقبول في الأمور الدينية ألا ترى أن روايتهم في الأخبار مقبولة
وهذا عندهما وقال محمد يشترط في المزكي ما يشترط في الشاهد من العدد ووصف
الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا أربعة ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص
رجلان وفي غيرها من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه
الرجال امرأة واحدة نبنيها على مراتب الشهادة لأن التزكية في معنى الشهادة
لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيها ما يشترط
في الشهادة ولهما أنه ليس في معنى الشهادة وإنما هو في معنى الإخبار ولهذا لا
يشترط

يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته
له كتزكية أحد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس واشتراط
العدد في الشهادة أمر تعبدي ثبت على خلاف القياس لأن رجحان
الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الأخبار حتى
قالوا فيها لا ترجح بكثرة الرواة ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط
العدد في الشهادة لكن نترك للنص فيبقى ما وراءها على الأصل وفي المحيط
أجاز تزكية الصبي وقالوا يشترط الأهلية وعدد الشهادة في تزكية شهود
الحد بالإجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي إلى المزكي والمترجم
ط عن الشهود كل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والأحوط
في الكل اثنان وينبغي للقاضي أن يختار في المسألة عن الشهود من هو
حا أخبر بحال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا
وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فإن لم يكن في جيرانه
ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته وإن لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم
تواتر الأخبار وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر وأما تزكية
العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير
ذلك سوى لفظ الشهادة بالإجماع لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص
بمجلس القضاء قال ـــ وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع
والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه أي يجوز له أن
يشهد في كل ما يتم بنفسه إذا عاين السبب كالبيع إلى آخر ما ذكر وإن لم
يشهد عليه بل يجب عليه إذا دعي إليه لما تلونا وروينا وهذا لأنه علم ما
هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى إلا من شهد بالحق وهم يعلمون
ولقوله عليه السلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع وهذا إذا كان البيع
بالعقد ظاهر وإن كان بالتعاطي فكذلك لأن حقيقة البيع هو مبادلة المال

بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ
والاعطا لانه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهدني لانه ما اشهده
كيلا يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول اشهد ان فلانا اقر بكذا لفلان ولا يقول
اشهدني لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون
غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده ودخل الشاهد
وعلم انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار
الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسره له ان لا يقبله
لان النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير
الا ترى ان الشاهد بالشائع يجوز في اشيائهم عند التفسير لا يقبل وقالوا اذا
سمع صوت امراة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها
وقت الاقرار قال ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه لان الشهادة
لا يثبت حكمها بنفسه ولا يصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضا ولهذا
يعتبر عدالة الاصول ولا يكون لغيره ان يجعل ما لانه حجة الا بامره فلا
يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا اذا سمعه يشهد غيره
على شهادته لا يسع السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره
فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل شخصا لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم يوكله
لان الموكل لم يرض برايه قال ولا يعمل شاهد وقاض وراو
بالخط ان لم يتذكروا اي لا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى يتذكر
الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ
انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك
القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو معروف انه قرا
على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية وهذا
على الظاهر قول ابي حنيفة ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون

ولقوله

ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما
ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة
لاحتمال انه مزور وهذا لان فايدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم
يفد التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم
ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس
وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به لا للشاهد وللقاضي
ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضا بذلك وليس للشاهد ان يشهد برؤية
خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي للتيسر استعانه لعجزه عن حفظ كل حادثة
ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل احوال الناس
ولان سجله في قمطره وهو في يده تحت ختمه فيومن من التبديل والتزوير
وكتابة الرواة يكون في ايديهم فيومن من التزوير ايضا بخلاف كتابة الشهادة
لان الصك يكون في يد الخصوم فلا يومن من التبديل ولو نسي القاضي قضاه
ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بانه قضى بكذا فعلى الخلاف المذكور
وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو اخبره قوم يثق بهم انه كان شاهدا
لا يسعه ان يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه
ممن روى عنه فعند ابي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له ان يعمل به وعند محمد له
ان يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه ان
يشهد قال ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح
والدخول وولاية القاضي واصل الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها
من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل
ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع
والاجارة بل اولى لان حكم المال اخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي ان يحكم

بالتسامع والحكم يجب بحجة الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله
وجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس
ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل
فيها بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب تقترن بها
ما تشتهر به فان النسب تشتهر بالتهنية وتسبيه كل واحد الى الاخر عند
المخاطبات والمنادات والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس
الاثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول تتعلق احكام مشهورة من النسب
والمهر والعدة وثبوت الاحصان والقضا بقرائة المنشور واختلاف الخصوم
اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها
المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا تختص بمشاهدة
اسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبمجرد العادة ولان
الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشيا بالشهرة الا ترى انا
نشهد ان عليا تزوج فاطمة رضي الله عنها ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر
ابن الخطاب تزوج بنت علي رضي الله عنهم ولو تحقيقه علم السبب ادى الى عدم
الشهادة بها اصلا لان سببها نسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضا
التولية ولا يحضره الا الوزير وامثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فالتحق
في الحل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له ان يشهد بهذه بالتواتر وباخبار من يثق به
واذا راى امراة يدخل عليها رجل ويتبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس
انها زوجته جاز له ان يشهد به وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا راى شخصا
جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له ان يشهد انه قاض قالوا وفي الاخبار
يشترط ان يخبره رجلان او رجل وامراتان وهم عدول ليحصل له نوع علم او غالبة
ظن وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس
فيه الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار

لفظ

تعلقت صح

لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه
العدد فلذا لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد
ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهد بذلك عند
الحاكم وهو الحيلة لمسائل ولو شهدا انه حضر دفنه فهو معاينة وقوله
واصل الوقف يحترز به من شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر دون
شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني انه لا بد من بيان الجهة
بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد والفقراء او ما اشبهه حتى لو لم
يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثنا على هذه الاشيا
ينفي اعتبار التسامع في الولاء وعن ابي يوسف انه يجوز لانه بمنزلة النسب
لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد
الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يقبل بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه
قول ابي حنيفة ومحمد ان العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة
فكذا ما ينبني عليه وذكر شمس الائمة السرخسي ان الشهادة بالعتق لا تقبل
بالاجماع وذكر الحلواني ان الخلاف ثابت فيه ايضا ثم ينبغي ان لا يفسر
انه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شيء في يد انسان يطلق له
الشهادة واذا فسر لا تقبل قال ومن في يده شيء سوى الرقيق لك
ان تشهد انه له لان اليد بلا منازع اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل
يعرف الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما في الباب
ان يعاين اسباب الملك من الشرا وغيره وذلك راجع الى اليد لان المملك
ثبت له باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشتري
فثبت بهذا انه لا دليل على الملك سوى اليد فيكون معتمد الشاهد اليد
اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة باليد
تؤدي الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبابها مفتوح وهي

ان صح
بحزم صح
بيد

مشروعة فما يؤدي الى انتفائها فهو المنتفي وعن ابي يوسف انه يشترط
مع ذلك ان يقع في قلبه انه له ليحصل له نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة
بلا علم لا تجوز لما تلونا وروينا ولهذا قيل لو راى درة ثمينة في يد كناس
او كتابا في يد جاهل وليس في آبائه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد
له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد بقوله وسعه ان يشهد
انه له وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد
متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تمتاز الا بالتصرف
قلنا التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة وشرط المستغني التصرف
مع اليد وان يقع في انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا قلبه
وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد
لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال ان البائع لا يملكه
فيكتفي بظاهر اليد بلا تيسير اذ الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها
وكونها في يد غيره عارض غير محتمل بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء
ترك ثم المسئلة على اربعة اقسام احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف
المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازع
احلهم راه في يد غيره بعد جاز له ان يشهد له اول الملك اذا ادعاه بناء على
يده والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب
الى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي ينسب اليه
الملك وادعى ان الملك المحدود ملكه على شخص حل له ان يشهد استحسانا
لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة
ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز اصلا
والمستور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو
اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته

فصل

فصل والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع
من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا وحدودها كذا
وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد
له بالملك والرابع ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل
معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة
بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط
للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز
ان يشهد في الرقيق اذا راه في يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا
ادعى انه حر الاصل كان القول قوله فلا تتعين عليه يد على
الحقيقة حتى تعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر يد
التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر ايضا يستخدم
طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف
ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الهداية جعل ذلك
عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا الا ترى ان من
ادعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه كان القول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قائم بيده عليه هذا اذا كان الرقيق
مميزا يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه او كان
معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال
قال وان فسر للقاضي انه يشهد له بالتسامع او بمعاينة اليد لا يقبل
اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برؤيته
في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او الرؤية في
اليد مجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالشهادة اذا كانت

في موضع يجوز بالتسامع صح

عن عيان ومشاهدة او اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليها اما اذا كان
عن تسامع او رؤية في يده فلا يزيده علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه
لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد انسان
فاولى ان لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا انا استحسنا في المواضع التي
تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على اصل القياس وكذلك
وان شهد انه حضر دفن فلان وصلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبل لانه لم يشهد الا بما علم توجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والله اعلم بالصواب

سماع عنه او برؤيته عنه وهذا لان القضاء يجب فيما يجب به الشهادة وفيما لا يجب لا يجب فلا يبقى الا بحجة ح

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيه
التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا
خلل في سمعه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل
لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح
فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك
ولا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها
عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا لما بينا
ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة
فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره
في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس
الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص
بخلاف وطي امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه
وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل
فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة ولذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم

بها

بها لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة فصار كما اذا
خرس او جن او فسق او ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما اذا
ماتوا او غابوا لان الاهلية انتهت بالموت وبالغيبة باقية على حالها
قال والمملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لانه الحاق
من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على
نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير
قال الا ان يتحملا في الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ
لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء
بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما اهل للشهادة قال
والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك
هم الفاسقون وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين
تابوا والاستثناء اذا تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى
الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل
الدار فهو منصرف الى جميع ما تقدم ولان هذا افترا على عبد من عباد الله تعالى
والافترا على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التابيد بل اذا اسلم
تقبل شهادته فهذا اولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته
ولا جائز ان يكون اقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل الغير
به وهو مطهر ايضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه
ولنا ما تلونا ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التابيد فمن قال
هو موقت الى وجود التوبة يكون ردا لما اقتضاه النص فيكون مردودا
والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا
يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجلد المتقدم وهو حد فكذا هذا فصار
من تمام الحد اذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من

من ذلك قولهم اجلس ولا تتكلم فان الكل جزاء جرمه ولا نسلم ان الجملة
الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان ما قبلها حدود وهذا امر الايمة وقوله
واولئك هم الفاسقون ليس حدوانما هو اخبار عن وصف قائم بالذات فلا يصلح
حدا لان الحد يقع بفعل الايمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثنا الى
الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله
تعالى واولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا عن
الاول فينصرف الاستثنا اليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم
الا ترى انه لا يصلح جزا الجريمة والجلد ورد الشهادة يصلحان جزا لان كل
واحد منهما مولم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعا لالة
الكاذبة معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد
والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثنا الى الجميع
بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف الا ترى ان كلها جمل انشائية
فيتوقف كلها على اخرها حتى لو اوجد المغير في الاخير يغير الكل والقياس على
الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص على الحكم
به وهنا نص على التابيد فكيف يمكن القياس عليه ولا يجوز ان يكون رد شهادته
لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا
فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها
وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام
اربعة بعدما حد على انه زنا تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد
اقامة البينة لا يحد فلا ترد شهادته قال الا ان يحد الكافر في قذف
ثم اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد
الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت عن هذه الا ترى ان المردود هو الاتصال
على المسلم وهذه تقبل فيرد الاولى لا يرتد الثانية بخلاف العبد اذا حد ثم عتق

حيث

حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على احد وقت الجلد
فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة
البينة على المقذوف انه زنى على ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد
فعلى ما قررنا في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي
في حد القذف سوطا واسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان
رد الشهادة تتمة تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه
فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة انه اذا ضرب السوط الاخير
بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء يتعلق
الحكم بالجزء الاخير لما عرف في موضعه وعنه انه اذا ضرب الاكثر
بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل
وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد
مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو
لا يسقط الشهادة وروي عنه ايضا يسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي
عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي
في حالة الحد على ما بينا قال والولد لابويه وجديه وعكسه ولاحد
الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة
الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين هولاء متصلة
ولهذا لا يجوز اداء بعضهم الزكاة الى بعض فيكون شهادة لنفسه من وجه فلا
تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لم يكن لان له حقا في ماله كما كان
والمراد بالاجير في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه
ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت
واصل القنوع السوال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع

وكذا لا يجوز للابن ان يشهد على قضا ابيه من القاضي

لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعه
وقيل المراد به الاجير مشاهره لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على
منافعه فاذا شهد له في مده الاجاره يكون كانه شهد له باجر وما كان خلافنا
في الرابط الذي هو يعتبرها بالشهاده عليهم والشافعي يخالفنا في الزوجين
فيقول لا قرابة بينهما والزوجيه قد تكون سببا للتنافر والعداوه وقد تكون
سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوه ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس
بالدين ولا معتبر بالمنفعه الثابته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس
ولنا ما روينا من الحديث وما ثبت من العرف وهو ان المنافع بينهما متصله
ولهذا يعد احدهما غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك
عايلا فاغنى اي بمال خديجه واذا كان هذا في الزوجين ففي الاولاد اولى وروى
ان الحسن بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له
فقال شريح لعلي ائت بشاهد اخر مكان الحسن او مكان قنبر فقال الا بل ردت
الحسن قال اما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين
هما سيدا شباب اهل الجنه قال سمعت لكن ائت بشاهد اخر القصه الى
اخرها ومنها انه استحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يصلح في العداله
لانه انما لا يجوز لكونه شهاده لنفسه من وجه وشهاده المرء لنفسه غير مقبول
قال والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهاده لنفسه
من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهاده
المرء لنفسه غير مقبول واذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا
لانها شهاده واحده فلا يتجزى ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفا التهمه
قال في النهايه هذا في حق الشريك شركة عنان ظاهر واما شهاده احد المتفاوضين
لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك
بينهما وبعد اسهو فانه لا يدخل في الشركه الا الدراهم والدنانير ولا يدخل

فيه

فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدرا
والدنانير لا يبطل الشركه لان المساواه فيه ليس بشرط قال والمخنث
اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان
يتعمد ذلك تشبها بالنسا وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي من
الافعال وتلين كلامه عمدا كل ذلك معصيه فلا تقبل شهادته لقوله
عليه السلام لعن الله المونثين من الرجال والمذكرات من النسا واما اذا
كان في كلامه لين وفي اعضايه تكسر خلقه ولم يشتهر بشي من الافعال
الرديه فهو عدل مقبول الشهاده قال والمغنيه لانه عليه السلام
نهى عن الصوتين الاحمقين المغنيه والنايحه اطلقه في حق المراه ولم
يقيده بكونها تغني للناس وقيده به في حق الرجل لان نفس رفع الصو
حرام في حقها بخلاف الرجل على ما تبين قالوا المراد بالنايحه هي التي تنوح
في مصيبه غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله
مكسبه اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط عدالتها قال والعدو
ان كانت عداوه دنيويه لان المعاداه لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يامن
من التقول عليه واما اذا كانت العداوه دينيه فتقبل شهادته لانها
من التدين فتدل على قوه دينه وعدالته وهذا لان المعادات قد تكون
واجبه بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك
هذا المعنى ان المسلمين مجمعون على قبول شهاده المسلم على الكافر والعداوه
الدينيه قايمه بينهما فلو كانت مانعه لما قبلت قال ومدمن الشرب
على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيره وفي الكافي انما
شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر
ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته

اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لا
مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على
اللهو في حق المشروب يتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرها
فان الادمان شرط في الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضي خان
لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في
الكافي وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال
شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية
يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا تجوز شهادة مدمن
السكر واراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان الحرمة في سائر الاشربة
السكر فشرط الادمان على السكر والحرمة في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان
على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم
يشرب لانه يتشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم ولا يحترز عن
شهادة الزور قال ومن يلعب بالطنبور لانه من اللهو ويقال بالطنبور
وهو ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام ما انا من دد
ولا الدد مني ولان الغالب فيه ان يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر
الى عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته كيستأنس به لا ليطير
فلا بأس به ولا يسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى
ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير الا اذا كان يجر حمامات اخر
مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه لانه ملك الغير ولا يحل له ذلك
ويسقط عدالته بذلك قال او يغني للناس لانه يجمع الناس على لهو
ولعب ولا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيد بقوله يغني
للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه
من غير ان يسمع غيره لا بأس به ولا يسقط عدالته في الصحيح لما روي ان
البرا

البراء بن مالك دخل على اخيه انس بن مالك وهو يتغنى والبراء بن مالك
كان من زهاد الصحابة رضي الله عنه وان انشد شعرا فيه وعظ وحكمة
فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امرأة معينة فان كانت ميتة
او كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهي حية
يكره ومن المشايخ من اجاز التغني في العرس الا ترى انه لا بأس بضرب
الدف فيه اعلانا للنكاح وقد قال عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف
ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير
به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من
اباحه مطلقا وقد بينا الصحيح من الاقاويل بحمد الله تعالى قال
او يرتكب ما يوجب الحد لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب
وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل
الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي
الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس
بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل
الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع
به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد وقيل هو كبيرة وقيل كل ما اصر
عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه السلام لا صغيرة
مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة
والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان ن
بذاتيهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو
كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهي صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد
عليها في القرآن او في الحديث المشهور يمنع قبول الشهادة لان شاهد
الزور موعود عليه ومن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا

على ارتكابه الكذب لان من لم يرتكب شيئا من المحرمات ارتكب نطين عاده
وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عاده فليس بعدل وقيل ما كان حراما
بعينه فكبيره والا فصغيره وقيل ما سمي في الشرع فاحشه فكبيره
قال او يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العوره حرام وقال عليه
السلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى ابو حنيفه رضي الله عنه رجلا
في الحمام بغير ازار فقال الا لعنها الانسان خافوا الهكم ولا تدخلوا الحمام من غير
ميزر وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره
لا تقبل شهادته لانه تارك للمروه قال او ياكل الربا لانه من الكبائر
وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن
التحرز عن العقود الفاسده وهو ربا بخلاف الخمر فان البيع حيث لا يشترط
فيه الادمان لانه لا يتحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل
فيشترط فيه الادمان قال او يقامر بالنرد والشطرنج او تفوته الصلاه
بسببهما لان كل ذلك فسق وكذا اذا اكثر عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك
من الكبائر وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار
ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من يلعب بالنرد
ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا
فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاثه التي ذكرناها انفا قال
او يبول او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم
الصحابه والتابعون والعلماء كابي حنيفه واصحابه لان هذه الاشياء تدل على
قصور عقله وقله مروته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عاده
بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهاده من ياكل في السوق بين
ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهاده اهل الحرف لكثره الايمان
الفاجره منهم والاكثر على انها تقبل شهاده من عرف منهم بالعداله ولا تقبل من يكثر

يشتم اهله

يشتم اهله ولا من يشتم الناس قال وتقبل لاخيه وعمه
ولابويه رضاعا ولام امراته وبنتها وزوج بنته وامراه ابنه وابيه
لان الاملاك بينهم متميزه والايدي متحيزه ولا بسوطه لبعضهم في مال
البعض ولا يتحقق التهمه بخلاف شهادته لقرابته ولادا او لاحد الزوجين
للاخر على ما بينا قال واهل الاهواء الا الخطابيه وقال الشافعي
لا تقبل شهاده اهل الاهواء لانهم فسقه اذ الفسق من حيث الاعتقاد
اغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهاده للفاسق ولنا ان الفاسق
انما ترد شهادته لتهمه الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك
بل ما اوقعه فيه الا تدينه الا ترى ان منهم من يكفر بالذنب ومنهم من
يجعل منزله بين الايمان والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا
الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته
قياسا على غير صاحب الهوى وهواه عن تاويل وتدين ولا يبطل عدالته به
كمن يستبيح المثلث او متروك التسميه واستدل محمد على قبول شهادته
فقال ارايت ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاويه على
مخالفه علي رضي الله عنه ولو شهدوا بين يدي علي اكان ترد شهادتهم ومخالفه
علي بعد عثمان بدعه وهوى ونفس الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عنه
تاويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيره لقبول شهادته ان يكون هو گ
لا يكفر به صاحبه وفي النهايه ان اصول اهل الهوى سته الجبر والقدر والرفض
والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشر فرقه والخطابيه بيه
قوم من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون
ان يشهدوا للمدعي اذا حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا
فباعتقادهم هذا تمكنت شبهه في شهادتهم فلعله اقدم على الشهاده بهذا
الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له

بقية شيعته وذكر الأقطع أنهم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل
كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لأنه كان يزعم أن علي
ابن أبي طالب الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر قال
والذمي على مثله وقال الشافعي ومالك لا تقبل شهادة الذمي على ذمي مثله
ولا على الحربي لأنهم فسقة بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن وهو
أغلظ من الفسق تعاطيا فكان أولى برد شهادته ولأن الله تعالى قال
ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضي ولأن شهادة الرقيق ترد
لما أن الرق من آثار الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولأن قبول
شهادته تؤدي إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز أن يلزم المسلم
بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع فلا يلزمه
شيء يتضرر به لشهادة الكافر ولأنهم لا يجتنبون الكذب فإن الله تعالى أخبر
عنهم أنهم ينكرون الآيات عنادا مع علمهم بأنه حق قال الله تعالى وجحدوا
بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا وكان ذلك كثيرا منهم والكذاب لا تقبل
شهادته فلم يكن أهلا لها كالمرتد ولأنه ليس بأهل الشهادة على المسلم فلا على
الكافر كالعبد لأن من كان أهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن أبي ليلى
إن اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على البعض وإن اختلفت لا تقبل لقوله
عليه السلام لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمون فإن شهادتهم
مقبولة على أهل الملل كلهم ولنا ما روي أنه عليه السلام رجم يهوديين
بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبي موسى الأشعري وجابر بن عبد الله أنه
عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه إجماع السلف
وقوله تعالى أو آخران من غيركم أي من غير أهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى
يا أيها الذين آمنوا فهذا نص على أن شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي
وصية الكافر أولى ثم انتساخه في حق المسلم لا يدل أن ولايتهم على المسلمين
انتسخ

انتسخ لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقائها ولأنه بعضهم على بعض
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون
الموالاة لأنه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فإذا ثبتت ولاية
بعضهم على بعض ثبتت الشهادة أيضا لأنها نوع ولاية ولما بينهما من التلازم
الغير فدل ذلك على أن الآية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل
بها بعض الصحابة في حق المسلمين أيضا قال أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أمضى
شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما رواه أبو داود والدارقطني وقالت
عائشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم قالت فإنها
آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه
رواه أحمد فهذا يدل على أنها ليست بمنسوخة في حق المسلم أيضا والفسق
من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لأنه يمتنع عن محظور دينه أشد الامتناع
والكذب محظور في الأديان كلها والرضا يعتبر في حق المعاملات بصفة الأمانة
لأن الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك
فخرجت الآية مخرج الوصف لهم بالأمانة والأمانة مرضية وإن لم يكن الكافر
مرضيا للكفر ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادات لأنها من
الأمانات والفرق بينه وبين العبد أن العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبي
٥ والاستشهاد من باب الولاية والكافر أهل للولاية على جنسه فيكون أهلا للشهادة
أيضا على جنسه والقاضي لم يلزمه القضاء بقول الكافر وإنما لزمه بالتقليد
عند قيام الحجة والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أداؤه كما يلزمه النظر
للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير أن ينظر بأي سبب وجب
لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذي حكى الله
تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون في
عصرنا منهم أن يكون عالما بالحق بل الظاهر أنه يعتقد الكفر حقا لجهله
به ولو علم لأسلم وقد كان في ذلك الزمان أيضا من لا يعلم الا ترى إلى قوله

تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وقال تعالى وان فريقا
منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقوله من كان اهلا للشهادة لا تختلف
من شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته من المسلم والكافر على
عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل والد الشهادة لقرابته ولدا لا تقبل ولغيره
تقبل ولا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد
لا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته على احد كالعبد والصبي وملل
الكفر كلها ملة واحدة فيقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم
لان بعضهم ليس مع بعض ولا يؤدي الى التقول عليه قال ـــ والحربي
على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وله ولاية على الحربي والذمي
اعلى حالا منه لانه من اهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة
الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما على الاخر الا اذا
كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا
لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة
بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الاخر وماله قال ـــ ومن ألم
بصغيرة ان اجتنب الكبائر اي تقبل شهادة من عصى بمعصية صغيرة
بشرط ان يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة وألمّ اذا اذنب ما دون
الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته
اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر الكبائر والصغائر فبقي الكلام في العدالة
والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق
عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل
هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك
مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق وادناه
رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل
من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما
بالكذب

بالكذب لظهور رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل
عن ابي يوسف ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون
مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطئه لا
لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا
والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والالمام من غير
اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبيا
عليهم السلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح
بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس اي عدولا
وقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف
قال ـــ والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه
لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه
من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفا ف
بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه
استخفافا بالسنة ولم يقدر ابو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم
يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق
معرفة المقادير السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا
في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم
اليوم السابع من ولادته او بعد السابع لعله ان يكون الصبي محتملا ولا
يهلك به لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السا بج
او بعد السابع والله شاد وهو سنة للرجال عندنا دون النسا وقال
بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عليه السلام الختان للرجال سنة وللنسا
مكرمة قال الحلواني رحمه الله ان النسا يختتن في زمن اصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم وانما ذلك مكرمة لانها تكون الذ عند المواقعة

قال والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع
العضو منهم او زيادته او جناية ابويه لا يوجب قدحا في العدالة وقبل
عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى ان كان رجلا او امراة فشهادة
الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يك مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا
فيجعل امراة في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم
يضم اليه امراة ولا مع النسا بلا رجل معهن قال والعمال
والمراد به عمال السلاطين الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية
والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامرا وقيل الذين يعملون بايديهم
ويوجرون انفسهم وايا ما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق
وبعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كبراوهم كانوا عمالا لان
العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا
كان العامل وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتجاسر احد على
استيجاره على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة
وروى ان فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف رحمه الله
في حادثة فرد شهادته الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل
دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة
انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه
اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي ايضا
فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح
وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر النهاية معزيا الى
الجامع الصغير للبزدوي ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط
والعدالة كان ماجورا وان كان اصله من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل

مشكاة صح

شاهدا

صح

شهادته

شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل
الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبايع الكفن قالوا لا تقبل شهادته
لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل
لا تقبل والظاهر انه اراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة
الزوجات والاقارب قال رحمه الله والمعتق للمعتق اي
تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا
ان قنبرا والحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان
عتيق علي رضي الله عنهم اجمعين قال ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه
والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما لو شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه
ه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان اباهما
اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان انكر الرجل
الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغائب قد وكل
هذا الرجل بقبض ديونه سوى ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا
تجوز الوصية ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى لهما او الغريمان
لهما عليه دين او عليهما له دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة
استحسانا والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ
ماله او من يستوفي منه او من تبرا ذمته بالتسليم اليه او من يعينه بالقيام
على الوصية والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة
وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان الموصي طالبا وكان
الموت معروفا فيغني القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين ه وزيادة
بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان ناظرا فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من
يستصلحه نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه
الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيا

لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة
عن القاضي ولا يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث
فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا اقر الوصيان ان معهما مالا فان له ان يضم
اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما ان معهما مالا بخلاف ما اذا
كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصية وبخلاف
ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب الوصي لا
لعدم البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فبطل المعنى للتهمة
وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما
اذا اقام شخصان البينة ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث
لا تقبل وان اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب
فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي
وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما
يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت
موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول ان يامر القاضي اياهما
باداء ما عليهما اليه لا ان يبرا عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما
فيقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا يقبل في حقهما قال ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع
او من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع
فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه
هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والضرورة جابر
على ما بين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله
عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما لانا نقول لا ضرورة لان هذه الشهادة
يمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى يرد شهادتهم فامكن الامتناع عن الظلم بذلك
اما

اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهم زنوا او
شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه اثبات حق العبد كقولهم اخذوا المال او قتلوا
النفس عمدا تقبل شهادتهم ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان
مقصودهم ايجاب حق الله تعالى وهو الحد والايجاب حق العبد وهو ضمان
يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا
من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا علي به واقام على ذلك
بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطاهم المدعي
من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل
لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل
تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي ولم
ادفع اليهم المال او قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان يشهدوا
علي ولم يدفع اليهم المال له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد
جرح لانه لم يدع قبله حقا على القضاية ودعوى الاستيجار وان كانت صحيحة
لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره فكان جرحا مجردا ولو اقام البينة
على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له في المدعى اداء
وكذا اقام البينة على اقراره انه استاجر الشهود او على اقرار الشهود انهم لم
يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة ان الشهود عبيد
او محدودون في قذف لان في العبد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره
ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكوا باظهار فاحشة من غيرهم
وذكر الخصاف انه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على
اقرارهم انهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الد عوى
او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة
وفيه انه اذا اقام البينة ان الشهود زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام البينة

انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا منذ كذا ولم يتقادم العهد
يقبل شهادتهم قبله لكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم
اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردوده وما ذكره الخصاف
من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبوله مأول بانه اذا اقامها على اقرار
المدعي بذلك او على التزكيه وعلى هذا ما ذكر في الكافي وغيره من ان الشهود
لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او
شربوا الخمر او سرقوا تقبل يحمل الاول على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق
بين قولهم زناة او زنوا الى اخره قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال
أوهمت اي اخطأت بذكر زيادة كانت باطلة او بنسيان بعض ما كان يجب
علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر
فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد ما قام عن المجلس
لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما
شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت في خمس مائه يقضي بالف لان
المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضا به ولا يبطل برجوعه
وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضا كحدوثه عند الشهادة
والله قال شمس الائمة رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم
يكن موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم
المدعي او المدعا عليه او ترك الاشارة الى احد الخصمين وما يجري مجراه وان
قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا مأمونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهايه
ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزياده او في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا
ولا يتفاوت بين ان يكون قبل القضا او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر
عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض

السرخسي

النسب

النسب ثم تذكر ذلك يقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضا فتذكره ذلك
للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور باب
الاختلاف في الشهاده قال الشهاده ان وافقت
الدعوى قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حقوق العبد شرط لقبول
الشهاده لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله
يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهاده او اليمين وقد
وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهاده الدعوى فامكن الفصل بالشهاده
ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضا بها وهذا لان الشهاده لاجل تصديق
الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى المكذبه لا تعتبر وجودها فانعدم
الشرط وهو تقدم الدعوى فلا الحكم بها خلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها
ليس بشرط لان اقامه حقوق الله تعالى واجبه على كل احد فكان كل احد
خصما في اثباته فصار كان الدعوى موجوده ولانه تعالى لما امرنا فامنها
كان طالبا لها فلم يبق الا امتثالنا ولا يجبرهم على استيفائها قال
ادعا دارا ارثا او شرا فشهدا بالملك مطلقا لغت اي لا تقبل بينته لانهما شهدا
باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بالملك قديم وهما
مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده وكذلك
كذلك في الملك الحادث وترجع الباعه بعضهم الى بعض فيه فصارا غيرين
والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل
الشهاده قال وبعكسه لا اي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا
مطلقا فشهدا بالملك بسبب معين لا يكون لغوا بل تقبل الشهاده لانهم شهدوا
باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهاده قال ويعتبر اتفاق الشاهدين
لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز الا بحجه وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا
به لا تثبت الحجه مطلقا والموافقه المطلقه باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفه

وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم صح

وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ
تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى
رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلثة واخر باربعة
واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى باربعة
وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على
الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتين
والطلقة والطلقتان او والثلث ولهما انهما اتفقا على الاول وتفرد احدهما
بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها
وذلك ليس باختلاف الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل
ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار
كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف
وخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان
اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ
الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين
لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين
لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت
المتضمن لا يثبت المتضمَّن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامراته انت
خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يقع شيء وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم
ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط
القبول بخلاف الدعوى والبينة حيث لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا
ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك
تقبل ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل
وبخلاف الالف وخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى

شيء لان المدعي يكذب
من يشهد بالزيادة
وبشهادة الفرد لا
يثبت صح

وتفرد

وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف
عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة
والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب
كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة
من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل
حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزائد او ابرأته عنه فحينئذ تقبل
في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون
المعنى تقبل شهادته وذلك كجواز يشهد احدهما على الهبة والاخر على
العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه
اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر
المخالفة فيما سواها هكذا ذكر والحكم فيه خلافها وكذا اذا شهد احدهما
بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا
قال — فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل وهذا عند ابي — قا حنيفة
وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما
في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين — بن
لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل
الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلث دون
شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلث لكان الضمان
عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة حيث يقع
واحدة لان ذلك لكون الثلث صار في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا
يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع الثلث لانه تصرف عن ملك فله
ان يوقع اي عدد شاء الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل قال — وان شهد
الاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف يعني فيما

اذا شهد احدهما بالف وشهد الآخر بالف وخمس مائة تقبل شهادتهما بالف
اذا كان المدعي يدعي الالف وخمس مائة لاتفاقهما بالالف وتفرد احدهما بخمس مائة
بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب
من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا
ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد قال ولو شهدا بالف
وقال احدهما قضاه منها خمس مائة تقبل بالف ولم يسمع قضاؤه الا ان يشهد
معه آخر لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف
فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمس مائة منها قضاء الشهادة
بالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معنى لان الدائن يجب عليه ما قبض
فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شهادة شاهده
بالقضاء فينبغي ان لا تقبل كما اذا شهد بالف وخمس مائة والمدعي يدعي الفا
لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له انما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا
شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان آخر فان شهادتهما له لا تبطل وان
كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد له
فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه تقضى بخمس مائة فقط لان مضمون شهادة
شاهد القضاء ان لا دين الا خمس مائة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما
مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لانه ذهب في اعتبار المعنى مذهب ابي يوسف
لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمس مائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف
عليه للمدعي ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع قال وينبغي ان لا يشهد حتى
يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها
خمس مائة حتى يقر المدعي انه قبض خمس مائة كيلا يصير معينا على الظلم قال
ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة على القرض
لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي رحمه الله عن بعض اصحابنا

انه

قوله انه صح

انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين انه
لا شيء له عليه من المال ولو قضى لكان قضى بشهادة الواحد وهو غير جائز
ولان المدعي كذب شاهد القضاء والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف على
ما ذكرنا في المسألة اذ لا فرق بين المسألتين الا من حيث ان احد الشاهدين
شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا
في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشرا
والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة
والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح
لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه واختلف الشاهدان
فيه في المكان او الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان
كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا الا ان الفعل فيه شرط صحته
كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان
او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان
آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف
شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا تقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما
ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما
انشاء والآخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء ان يقول زنيت او انت زان
والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل ان يكون
احدهما سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قذفه فهما شاهدا
به قال ولو شهدا انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران انه قتله بمصر
ردتا يعني الطائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا
على نحو ما ذكر ترد الطائفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احديهما باولى
بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر

لان الاول حركات انقرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات
اخر غير الاول يخلقه الله في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا
عن الاول حتى يصير تكرار الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل
لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول
فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع
بها القتل لا يقبل لما بينا قال فان قضى باحدهما اولا بطلت الاخرى
يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم
شهدت الاخرى لا يقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها ولا ينقض
بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة صار ذلك حكما بانه لم يقتل في
غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل
ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على طهارة الاخر
لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع ولا ينتقض بوقوع التحري
في الاخر قال ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف
الذكورة والانوثة والغصب يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا
في لونها بان قال احدهما سرق بقرة بيضاء وقال الاخر بقرة سوداء تقبل شهادتهما
وتقطع يده بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا وقال الاخر انثى او اختلفا
في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البيضاء
غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة
فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في
الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت
بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها ولابي حنيفة انهما اختلفا
فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في

ثياب

ثياب السارق والمسروق انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما
بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها تبلغ نصابا
ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل
فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة بان
كان احد جانبيها ابيض والجانب الاخر اسود فيشهد كل بما رأى او ما
وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة
واحدة وهذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فلو كان
سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا
يشتبه عليه الحال فيكون الشهادة عن حقيقة وتأمل لتمكنه من ذلك فلا
يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال للدرء
لا للايجاب قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله
على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على
هذا يكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها اما بيضاء او سوداء ولم بيان ذلك
يقل احد منهما انها بلقاء فيكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق
من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون ن
فسماها بيضاء او سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما
اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى
سرقة بقرة سوداء او بيضاء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب
احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة واما في لونين
غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ف
ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في ثوب بان قال احدهما

هو قوي وقال الآخر مروي وإن اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل الشهادة
وقد بيناه من قبل قال ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان
بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن
فلم يتم النصاب على كل واحد منهما ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه وكذا
إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما
بينا من أن المقصود إثبات السبب على معنى أنه الأصل والحكم يثبت تبعا
لثبوته وإن كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الأتباع والسبب وسيلة
إليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان من ضرورة إثباته إثبات الحكم
إذ لا يمكن إثبات الحكم إلا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله
أن الشهادة تقبل لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير
بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيد عليه خمسمائة فقد اتفقا على شرى
واحد ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما أنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر
أنه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم إمكان التوفيق لأن الشراء الواحد لا يتصور أن
يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال وكذا الكتابة والخلع إذا اختلفا
في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود إثبات السبب
وهذا إذا كان المدعي هو العبد فظاهر لأنه يدعي السبب ليحصل له مقصوده
وهو العتق بالأداء فصار نظير الشراء وإن كان المدعي هو المولى فكذلك لأن العتق
لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب وهذا لأن البدل في ابتداء
العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند أداء المال فيصير مقابلا بالعتق فقبل
الأداء بمنزلة الإجارة فكان مقصوده إثبات العقد وقيل إن كان المدعي هو
المولى لا تفيد بينته لأن العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز
والمراد بالخلع إذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لأن مقصودها إثبات السبب
دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لأن المقصود

فيه

بطلت الشهادة لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد والبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة ع ا ص

فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به
أحدهما وإن كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق بإقراره فيكون بمنزلة دعوى
الدين فيثبت أقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه
وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال إن كان المدعي هو العبد أو
القاتل لا تقبل شهادتهما لأن مقصود العبد والقاتل العقد دون المال
فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وإن كان المدعي هو المولى والولي يثبت
العفو والعتق بإقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا
عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن إن كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى
الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا وإن كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة
لأنه ليس له أن يلزمه الرهن إذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله أن يفسخه
أي وقت شاء فلا فائدة في إقامة البينة ولأنه حق عليه والإنسان لا يقيم البينة
على حق عليه وإنما يقيمها على حق له وصورة دعوى الراهن أن يدعي أنه رهنه ألفا
وخمسمائة وادعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فطلب الاسترداد منه فأقام
بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة يثبت أقلهما وفي الإجارة
إن كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما
لما ذكرنا في البيع وإن كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه وإن
كان المدعي يدعي الأكثر وإن كان يدعي الأقل لا تقبل شهادة من شهد بالأكثر لأنه
كذبه المدعي وكذا في جميع هذه الصور كما في الدين قال فأما النكاح فيصح
بألف يعني بأقل المالين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان المدعي من
الزوج أو من المرأة وسواء ادعى الأقل أو الأكثر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
تبطل الشهادة ولا يقضى بشيء لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب في النكاح

الف عند النكاح بالف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج
هو المدعي او المراة هي المدعية لامتناع ثبوت النكاح باقرار احدهما بخلاف
العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث تكون دعوى الدين اذا كان
المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق
والعتق فبقي دعوى المال المجرد فعمل لسبب ولابي حنيفة ان التسمية في
النكاح ما يصح عند العقد يصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى
لها مهرا صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج
الى تمامه وقيامه تارة تكون حالة الابتداء وتارة تكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف
التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة البقاء ولا يتصور وجود
العقد في حالة البقاء والتسمية على التسمية في حال يستحيل العقد لا يكون بينه على
العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح
فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصل القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال
حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع
والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لا يتغير الاصل وهذا
لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالما عن الاختلاف
فلزم ما وقع فيه الاختلاف وهو المال فيقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف
فيما اذا كانت المراة هي المدعية فجعل ابو حنيفة مقصودها المال فخرجه على ما
بيناه وهما جعلا ان مقصودها العقد لما بينا لهما واما اذا كان المدعي هو
الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا يقبل بينته بالاجماع لان العقد بالف غير
العقد بالفين وحكمه على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا وجهه وهو استحسان
ويستوي الاقل المالين والاكثر في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد والاختلاف
في التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لابد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه
ولا يكون بدعوى الاقل مكذبا للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة

قال

قال ومن ملك الموروث لم يقض لوارثه بيلا جر الا ان يشهد بملكه
او يده او يد مستعير وقت الموت يعني اذا اثبت شيء انه ملك المورث
بان ادعى الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا
ان هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا
له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه من
المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول الشاهد مات
وتركها ميراثا له ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان جرا لانه اثبت
ملكه او ان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا للا
وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه
وان كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب
يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به والمضمون يملكه
الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثبات للملك واثبات
يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب
وغيرهم اثبات لليد فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر واكتفي به
عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس
بشرط بل اذا اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد
ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب
ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث عين ملك
المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا اخر غيره كما في الحي اذا اثبت انها
كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت
وكما اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان غير ذي اليد واقام البينة
على الشراء منه وانكر ذو اليد الملك للبايع واقام المشتري البينة انها

كانت له يكتفى بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبائع وقت
البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لاستغنا البقا عن دليل
ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا يرى انه يثبت
في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من تسرى الجارية وحل وطيها لو كانت
حراما على المورث او بالعكس ولذا يحل للوارث الغني اكل صدقة ورثها من الفقير
ولولا تجدد الملك لما حل له واذا كان متجددا فلا بد من اثبات التنقل اليه وذلك
بما ذكرنا من الجر او باثبات ملك الميت قبل الموت لان بقاه الى الموت يثبت
باستصحاب الحال وهو حجة لابقا ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم
الموت لان بقاه ملكه يكن وحاجتنا الى الابقا لان ملك الوارث لم يكن ثابتا قبل
موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا يرى ان الشفيع
لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان يدفع دعوى غيره به لما دار م
ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحى انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه
استصحاب الحال لبقا ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا
اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انها كانت ملكها
وقت البيع لان ملك المشترى مضاف الى الشرى الثابت بالبينة لا الى استصحاب
الحال ببقا ملك البائع لان الشرى سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون ثبات
الملك فيكون ثابتا بالشرى واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الى تحول
المال من ملك المورث وقت الموت الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك
بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا يرى ان الوارث
لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك فانت حر لا يصح ولو كان
سببا للملك لصح كما اذا قال العبد الغير ان اشتريتك فانت حر قال ولو
شهدا ان يد حي منذ شهر ردت اذا شهد شاهدان ان هذا العين كانت في يد اي م
فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف
انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان تقبل كما اذا شهدا انها كانت ملكه

منذ

منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله فكذا اليد
وصار كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي او بالاقرار منه باليد له ولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر
القضا بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه
معلوم ايضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله عليه السلم على اليد
ما اخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على ما يجى ولان يد صاحب اليد
معاين ويد المدعي مشهود به فلا تعارض المحقق لان العيان يوجب العلم
والشهادة توجب غلبة الظن وكان اكثر اثباتا قال ولو اقر المدعى عليه
بذلك او شهد شاهدان انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الى المدعي اي المدعا
عليه باليد للمدعي او شهد شاهدان انه اقر باليد للمدعي منذ شهر دفع ذلك
الى المدعي لان الاقرار معلوم فيصح الشهادة به وجهالة المقر به لا يمنع صحة
ده الاقرار الا يرى انه لو قال لفلان علي شي صح ويجب عليه البيان ولا يصح الشهادة

به . باب الشهادة على الشهادة قال

هداية ان يشهد شاهدان رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان يشهد رجلان على شهادة شاهدين
اي يجوز الشهادة على الشهادة بشرط على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا
استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على الشاهد
الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والاجبار
ل عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية وان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال
فيها في موضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا
لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة
ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض او
بعد مسافة فلو لم يجز الشهادة على الشهادة ادى الى توى الحقوق ولهذا
جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية

فصار كنقل كتاب القاضي الى القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة
احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة
على ما ذكرنا ولا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيهما من شبهة البدلية
بل اولى لان في الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الطحاوي
انها لا تجوز في الوقف والصحيح انها تجوز فيه احياء له وصونا عن اندراسه وقوله
ان يشهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان يشهد على كل واحد من الشاهدين
رجلان لان كل واحد من الشاهدين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب
على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو اشهد
احدهما على شهادته رجلين واشهدهما الاخر بعينهما جاز وقال الشافعي
لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين شهدا على صاحبه لان
كل شاهدين قائمان مقام اصل واحد فلا يتم حجة القضاء بهم كالمرأتين لما
قامتا مقام رجل لا يتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار
شاهدا وليس للشاهد ان يشهد على تلك الشهادة على غيره الا ترى ان احد
الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهد على شهادة صاحبه مع رجل
اخر وقال مالك تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل
معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد
بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة
ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من
غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان وان شهادة واحد من الاصلين حق
من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي
القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة احدهما جاز ان يشهدا على
الاخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف المرأتين
لان النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شيء لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف

ما اذا

على الشهادة

ما اذا استشهد احد الاصلين على صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل
تعلم الحادثة بعينها فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيئا ولان معنى
الاصالة تقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية تقتضي مشاهدة الحق
ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع
بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا واصلا
في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه
ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لاثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير
له في الشرع ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهد مع احد الاصلين
اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين
ليسا بدلا عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر وقوله ان يشهد
رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامرأتان
لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان
للمرأة ايضا ان يشهد على شهادتها رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط ان يشهد
على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا قال ـــ والاشهاد ان
يقول الاصل اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذه صفة الاشهاد
ولا بد منه او ما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل
ولا بد من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
ويحصل حالة ما ذكر هنا ويقول له عند التحميل اشهد لي على نفسه [illegible]
وليس بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه
ولو قال اشهد اني سمعته فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتي
بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد على بذلك لانه لفظ محتمل
فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون امرا بالكذب
وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا بان يشهد بمثل

[illegible] شهادة واحد على شهادة [illegible]

التحمل

او قال اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد انت على شهادتي بذلك

شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب قال واداء
الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال
لي اشهد على شهادتي بذلك وهذا صفة اداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من
شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك وله
لفظ اطول منه واقصر كما ظن في الامور دمهم واوسطها صحيح فالاطول
منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان
اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لفلان بكذا ففيه ثماني شينات
او يقول اشهد ان فلانا يشهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وانا
اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكر في الكتاب فيه
خمس شينات والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد على شهادته
ان لفلان على فلان كذا وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع شينات
او يقول اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد في السير
الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر وشمس الائمة السرخسي
رحمهم الله وهو اسهل وايسر واقصر وروي ان ابا جعفر كان يخالف فيه علماء
عصره فاخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له قال ولا شهادة
للفروع الا بموت اصله او مرضه او سفره لان جوازها للحاجة عند عجز
الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور
معه الى مجلس الحكم لان اداء الشهادة فرض ولا يسقط الا بالعجز فاذا سقط
جاز له ان يحمل غيره فلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وامر
القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما
لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع
والسفر عذر ظاهر الا ترى انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة

والفطر

والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية
وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام
فلا بد هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء
الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس
والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في سائر الاحكام والثاني
وهو ما روي عن ابي يوسف ارفق لان احياء الحقوق واجب ما امكن
والشاهد انما يحتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير
اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء
لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروي عن محمد رحمه الله انها
تجوز كيف ما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فيشهد
الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال
في النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام السعدي في شرح ادب
القاضي للخصاف اذا استشهد الفروع على شهادة الاصول والاصول في
المصر يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز بناء على ان التوكيل
بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء ان المدعى عليه
لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل
انابة غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب
على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه
انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس
الحاكم قال فان عدلهم الفروع صح لان الفروع من اهل التزكية فيصح
تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا
تهمة فيه ينتفيد شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم
في شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف

يتهم به وشهادتهم لم ترد برد شهادة صاحبه بل تقبل بضم اخر معه
وان اتفق ان رد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضر وقيل لا
تقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال
وان اغفلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عند السوال عن الفروع عن الاصول
لان الماخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا
نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا
عنده وهذا قول ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة
ولا شهادة بدون العدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الفروع والاصول
بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون الاخر
سال عن الذي لم يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال
في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع
والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف
حالهم او لا نخبرك بحالهم قال وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل
الشهادة اي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على
شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جا الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم
لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع
لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال
ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا
اخبرانا انهما يعرفانها فجا بامراة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي
هات شاهدين انها فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما
والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان يكون لغيرها فلا بد
من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا ببيع محدود
بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم لا بد من اخرين يشهدان

ان

ان المحدود بتلك الحدود في يد المدعا عليه ليصح القضا به وكذا اذا انكر
المدعا عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد
من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود
ما في يده قال وكذا كتاب القاضي الى القاضي معناه ان القاضي اذا
كتب الى القاضي ان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على
فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امراة عند القاضي المكتوب
اليه وانكرت المراة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من
شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسالة
الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته
ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على
كل اصل على ما بينا قال ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى
ينسباها الى فخذها وهو الجد اي لو قال الشاهدان في الشهادة على
الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى
ينسباها الى فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولم يحصل
ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة
الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة
ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية وعزا
الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة
اخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة
تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة
شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ
والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب
منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل

بالنسبة الى الخاص دون العام ونحو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة
اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية
والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف
المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد
فذكر الفخذ او الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال
ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة
وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي اتصل بشهادته القضا
او لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر
فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه السلام ايها
الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلى قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسال رجل
عن الكبائر فقال عليه السلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس
بغير حق وقول الزور فاذا كانت هذه كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع
وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه
ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان
سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه
وحذروه الناس وشريح رضي الله عنه وان كان تابعيا ولكنه زاحم
الصحابة رضي الله عنهم في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا
الى قوله في المناظرة لكن كان في هذه المسالة مثله لانا نعرف حكمه حكم الصحابة
حتى روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يقلدهم وعلمهم فقال مثل مسروق
والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في زمنهم من التابعين في الحقيقة على اهل
تعليل الصحابة لتجويزهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح رضي الله عنه
فانه

ل

فانه كان قاضيا في زمان عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون
فعله مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو بمحضر منهم فيكون تعليله تعليلا
لهم ضرورة وما روي عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو
حد العبيد في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع
وكذا لم يقولوا به لنهيه عليه السلام عن المثلة ولو في الكلب العقور
ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا
يشرعان وذكر شمس الائمة انه يشهر عندهما ايضا وقال الامام الحاكم ابو محمد
الكاتب رحمه الله وهذه المسالة على ثلاثة اوجه احدها ان يرجع
على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من
غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم
رجوعه باي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا وفي قوله ومن اقر
نفسه انه شهد زورا تصريح بانه انما يجب التشهير او التعزير
على الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا
واما اذا قال غلطت او نسيت او اخطات او ردت شهادته لتهمة
او لمخالفة بين الشهادة والدعوى او بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا
ندري من هو الكاذب منهم المشهود له او الشاهدان او احدهما وقد
يكذب المدعي لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة
لانه من باب النفي والشهادة للاثبات ولا تهمة في اقراره على نفسه
فيقبل اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهدوا
بقتل شخص او موته ثم جاء المشهود بقتله او بموته حيا لتيقننا بكذبهم
والرجال والنساء واهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته
بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذي حمله على الشهادة
الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا

في مقدار مدة التوبة فقدّره بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة
والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي وإن كان عدلاً أو مستوراً لا يقبل
شهادته أبداً لأن عدالته لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف
أن شهادته تقبل وبه يفتى فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب أن
الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها أنواع إما معنى في الشاهد وهو
الفسق والعمى وإما معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين
الشاهد كقرابة الولاد والزوجية وإما الدليل شرعي وهو في حق المحدود
في القذف بعد التوبة لأن الله تعالى جعل عجزه عن الإتيان بأربعة شهداء
دليل كذبه بقوله تعالى فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم أن الشهادة
فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم
قلبه وقال عليه السلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور
من الكبائر على ما بينا وقال عليه السلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من
مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والأرض فيجب على كل مسلم
الاجتناب عنها وإذا وقعت منه خطأ أو عمداً يجب عليه أن يتوب
والتوبة عنها لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس
وخوف الملامة لأن الاستحياء من الخالق أولى من الاستحياء من المخلوق
وفيه تدارك ما أتلف بالزور لأن رجوعه مقبول في حق نفسه وإن لم يقبل
في حق المدعي ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت
بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء
التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال ولا يصح الرجوع
عنها إلا عند القاضي لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس
الحاكم أي حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته بالشرط

في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولأن الرجوع عن الشهادة
توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال
عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فإذا كانت الجريمة
بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك فإذا كان الرجوع عند غيره
غير صحيح فلو أقام المقضي عليه على شاهديهما بينة بأنهما رجعا عند غير
القاضي وطلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لأنه ادعى رجوعاً
باطلاً بخلاف ما إذا أقر أنهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح
إقرارهما وإن كان الرجوع باطلاً لأن إقرارهما جعل رجوعاً منهما
في الحال وبخلاف ما إذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير
الذي كان قضى بالحق حيث تقبل هناك بينته لأنه ادعى رجوعاً صحيحاً
قال فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها لأن كلامهما متناقض
فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لأحد من الخصمين
لأنهما لم يتلفا شيئاً على أحد لأن الشهادة لم تثبت الحق
إلا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيئاً ولا على المدعي لأن عدم ثبوت حقه
لا يضاف إلى رجوعهما بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الأمر أن
يقال لولا رجوعهما لقضى بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب
الضمان كما لو أبيا أن يشهدا ابتداء ولأن القاضي إنما يقضي بشهادتهما
إذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه أنهما صادقان ولا يعرف
ذلك إلا بعد الحكم لجواز أن يجرحا ولأن المدعي على دعواه فلعله يشهد
له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف
إلى عجزه لا إليهما قال وبعده لم ينقض أي إذا رجعوا بعدما
حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لأن كلامهم متناقض فلا يحكم
بالمتناقض ولا ينقض الحكم بالمتناقض لأنهما يستويان في الدلالة على الصدق

وقد يرجح الاول باتصال القضا به فصار نظير ما لو شهدا ان عمرا
قتله بكر بالكوفة وشهد اخران انه قتله بمصر فانهما قبل القضا
يردان ولعله لا ينقض لترجحه باتصال القضا به ولانه لو نقض ادى
الى النقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا
الرجوع الى الاخر الى غير نهاية قال وضمنا ما اتلفاه للمشهود
عليه اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان التسبيب على وجه
التعدي يوجب الضمان كحفر البير ووضع الحجر على الطريق وقد وجد
ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود
المباشر قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان
كان مباشرا لانه ملجا من جهتهما فان القضا واجب عليه بعد ظهور
عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ولو اوجبنا عليه الضمان
لامتنع الناس عن تقلد القضا مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من
المدعي لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم
الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن ثم جعل الشافعي يوجب
القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط
بالشبهة وامر الدم اعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة
ويقول ان القاضي ملجا والقول كذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال
انتم ايضا تناقض قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم
توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزا الجناية لانا نقول القصاص
نهاية العقوبة فيستدعي نهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا
لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة
والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال الا ترى ان القصاص لا
يجب في الخطا والمال يجب والخطا اقوى من التسبيب لوجود
المباشر

المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبيب فاولى
ان يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او
عينا وهذا اختيار شمس الايمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق
بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام
ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان
وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زال
ملك المشهود عليه عنها بالقضا الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف
فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول حقه عنه حتى يقبضه
فلو رجع عليه قبله لم يتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ العين والايجاب
الدين وفي العين يتحقق وكذا في العقار يضمنه قبل القبض عندهم
لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي حنيفة
وابي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف
بالكلام فصار كما لو دل بعد قابه لو اودع العقار عند شخص فاقر به المودع
لغيره فانه يضمن المودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق
بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه ابراه من الدين او حاله او تصدق ق
عليه به او وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير
مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو
عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال
غير الادمي قال فان رجع احدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي
لا لمن رجع وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك
لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بان بقي النصاب وفي هذه المسألة
بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز ان يثبت
الحكم ببعض العلة فوجب ان لا يبقى به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقى الحكم

ببعض العلة وان لم يثبت به ابتدا كالحول المنعقد على النصاب
يبقى ببقا بعض النصاب وان لم ينعقد به ابتدا قال فان شهد
ثلثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة
شاهدين يكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق
مستحقا بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان
ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن للاول شيا فلذا هذا قال وان رجع
اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقايه نصف الحق ولا يقال
ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف ح مضافا الى الباقين
ولهذا لم يضمن شيا برجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع
الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقا الشاهدين
فلما رجع اخر ظهر اثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف
اذ ليس احدهما باولى من الاخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا
رجعوا وهم ثلثة وليس لواحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان لاني
لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان برجوع غيري
قال وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت الربع لبقا
ثلثة الارباع ببقا رجل وامراة اذ الرجل وحده بالنصف قال
وان رجعتا ضمنتا النصف لانه ببقا الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا
لو شهد رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة فعليهما الربع اثلاثا
وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امراتان فلا شي عليهما
وهو ظاهر قال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان
لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمراتان قال
فان رجعت اخرى ضمن ربعه لانه ببقا الرجل والمراة يبقى ثلثة ارباع
الحق النصف بالرجل والربع بالمراة قال وان رجعوا

فالغرم

فالغرم بالاسداس يعني سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على
النسوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف
وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا
يقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم
يشهد معهن رجل فوزان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف
وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة
الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النسا واذا ثبت نصف الحق بشهاد
ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الاخر يثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه
عند الرجوع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كل امراتين تقومان مقام
رجل واحد قال عليه السلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين
بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم
منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال الا ترى ان
كل اثنتين منهن في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن
لهن الثلثان ولا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن بابن
يعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان
عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل
وكذا اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقا من يقوم بالنصف
وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق
ولا شي على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النسا
من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن وهذا
سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر
الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامراة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان

كما قال لما وجب على المراة شي وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا
فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشهادة بل هي بعض
الشاهد فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان
ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلثة الاخماس على الاصل
الذي تقدم ولو رجع الرجل وامراة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على
المراة شي وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم قال
وان شهد رجلان عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا
سواء كانت هي المدعية او هو وهو مراده هذا بقوله عليه او عليها لان
المشهود عليه اتلفا عليه شيا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف
فان قيل هذا مستقيم في حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم
واما في حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم واتلفا عليه
المال المتقوم مقابلة فوجب ان يضمنا له مطلقا قلنا البضع
متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه قال وان زادا عليه
ضمناها اي ان زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هي
المدعية للنكاح وهو منكر لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض
ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل من مهر المثل فحكمه انهما
لا يضمنان لها شيا لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن
بالمتقوم اذ التضمين يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك
ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا
كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كان مالا
فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعادله
لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض وخرج المسايل

على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها او بعضه فقضى بشهادتهما القاضي
ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها وهو المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع
ولو شهدا عليها انه تزوجها على الف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت
الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى
لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح
مع قبض المهر قضاء بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا
كان مقبوضا لا يحتاج الى القضاء به فلم يقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى
لعدم وجوبه اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره
في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه اوجب
على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب ان لا يجب
شيء على ما بينا وهو ان منافع البضع متقوم عند الاتلاف وانما يتقوم
على الزوج عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا بالقبض حتى
قضي به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمراة الفا لانهما
لما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفاء لان الالف قد تقرر عليه
بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على
امراة انه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على الف وذلك مهر مثلها فاقام الزوج
شاهدين على ما ادعى وقضي له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة
في قول ابي حنيفة ومحمد ولم يضمنا شيا في قول ابي يوسف وهو بناء على مسئلة
النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولو
لا شهادتهما لقضي لها عليه بالالف فاتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه
وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها شيا وهذا يبين ان المراد بقوله لا الى
بشي مستنكر ما لا يصلح ان يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة
دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا انه اكرى دابته عارية واجر مثلها

ما بيان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي هو المستاجر والمنكر صاحب
الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة
عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة والاخر
ينكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما اتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر
اجر المثل بعوض فلم يضمناه قال ـــــ ولم يضمنا في البيع الا ما نقص يعني
اذا شهدا على البائع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع
بمثل القيمة او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف
بعوض لا اتلاف وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان
لان ذلك القدر اتلفا عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بخيار
الشرط للبائع او كان باتا لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم
اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل
البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكنا
من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة واذا لم يفعل فقد رضي بالبيع
فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع
المشهود به وان تاخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري
المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا
لان البائع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير
كالمقر بالبيع فيناقض لانه عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه
حذرا من ذلك حتى اذا اجاز باختياره ليس له ان يرجع على الشهود
لانه اتلفه مباشرة ولا يضاف الحكم الى المسبب مع وجود المباشر
هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع انهما
شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بالف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا
عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن
لان

لان الثمن يقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض
فيضمنانه وان كان الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا بعد ذلك
لانهما اتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وبقبض
الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة
فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه
ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما
يوجب بطلانه لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة له
دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب
انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشرا فقضي
به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته او اقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف
بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على ما مر وان كان باكثر من قيمته ضمنا ما زاد
على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا
شهدا عليه بالشرا بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز
باجازته لا يضمنان على ما مر في حق البائع قال ـــــ وفي الطلاق قبل
الوطي ضمنا نصف المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امراته قبل الدخول بها
ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط
لان احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل ان يوجد ذلك منها
فيسقط المهر به وللتاكيد حكم الايجاب فصار كانهما اوجبا عليه الا ترى
ان المحرم اذا اخذ صيدا فقتله اخر في يده يلزم الاخذ الجزاء ثم يرجع به
على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب وللتقرير
حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا توجب شيئا
اذا لم يكن من جهته وهاهنا اضافا الفرقة اليه الزماه نصف المهر
فيضمنان له ذلك وينتقض هذا بمسالتين ذكرهما في التحرير احدهما امراة

لها على رجل الف درهم موجل فشهد شاهدان انه حال فاخذته
منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع
الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط
لانه لو كان موجلا على حاله لسقط بارتدادها ولئن انتهى لو ان رجلا
قتل امراة قبل ان يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على
القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن
نقول القتل منهي للنكاح والشي بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال
وانما المتاخر المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولم يوكدا بشهادتهما
شيئا اذ تحصيل الحاصل محال او نقول لا نسلم بان دينها يسقط بل
يكون لورثتها ويقضى به ديونها فلا يسقط فبطل السوال من الاصل والابن
اذا الزم امراة ابيه قرنا بها يلزم اباه نصف المهر ثم يرجع على الابن لان الابن
بادائه اياها الزم اباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود
بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قايمون مقامه ولم يرث لوقوع الفرقة
بالقضا قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها في حيوته قبل
الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمراة
نصف الصداق والميراث لان المهر كان موكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط
بمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموته فهما بهذه الشهادة ابطلا عليها
نصفا موكدا من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي
قال ولم يضمنا لو بعد الوطئ يعني لو شهدا انه طلقها بعدما دخل
بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد بالدخول
لا بشهادتهما وقال الشافعي يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل
يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المراة يجب عليها
ان تغرم للزوج نصف المهر لان البضع متقوم الا ترى انه متقوم حال
الدخول

الدخول حتى لا يتصور ان يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه
لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة تقومه في احدى
الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين ولنا ان ملك الزوج
ضروري فلا يظهر الا في حق استيفا منافع البضع الا ترى انه ليس له
ان يضمن المتلف ما لو وطي شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها
ولو كان ملكه متقوما لكان له ولجاز له ان يزوجها من انسان كملك اليمين
ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى
فلا يكون مضمونا واما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك
دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون
مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فانما يملك مجانا لا يعظم خطره
عند اصابته وذلك المحل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل
به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيئا
لكن يسقط عنها ملك الزوج الا ترى ان ما هو مشروط لمعنى الخطر
عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شي منه عند الازالة ولهو
غير متقوم حالة الخروج دون الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة
على مالها لكن زوجها وله ان يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك
اليمين فانه ملك مال والمال مثل للمال فعند الاتلاف يضمن بالمال
قال وفي العتق ضمنا القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم
الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما
اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولا للذي شهدا عليه
بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولا ولا
يمنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولا للمولى لان الولا ليس بمال
متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه السلام الولا لحمة كلحمة النسب

فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا
الضمان لا يختلف بين ان يكونا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف
الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه
فساد ملك صاحبه فاوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلات
تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا عليه
بانه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما
اوجبا للعبد حق العتق وبذلك ينتقص القيمة فاذا مات المولى عتق
ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له سواه عتق
ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا
يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا ايسر ولو شهدا
انه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه
وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان
المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا
قيمته وان كان من قضية الضمان ان يملكاه كيلا يجتمع البدلان في ملك
شخص لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب
حتى يؤدي ما عليه كما كان قبل رجوعهما فاذا ادى عتق والولاء للمولى
لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه في اخذ بدل الكتابة
منه لا غير فاذا وصل اليهما كاداه الى المولى ويطيب لهما ما اخذا من المكاتب
ان كان بدل الكتابة مثل قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان
عجز ورد في الرق كان مولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا
ويرد المولى ما اخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب
فصار نظير ما اذا غصب المدبر فابق عنده فضمنه المولى قيمته
ثم جاء من اباقه فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب ما اخذ منه

فكذا

فكذا هذا ولو اختار المولى ان يبيع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له
ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي
بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل
وجه على وجهين ايضا اما ان يكون الرجوع هنا حال حيوة المولى او بعد
وفاته فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان
للمولى نقصان قيمتها فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي
قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها الورثة ففوتا عليهم هذا القدر وان
رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لانهما فوتا ذلك عليهم وان
كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا
وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما كان عبدا له ففوتا عليه ذلك
فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا
يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم
الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا
عليه فيؤدي من تركته ان كانت له تركة والا فلا شيء على الابن لان من اقر
على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شيء وان كان معه شريك
فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة
الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك
مالا ولا يرجعان بما اخذه منهما شريكه لانه في زعمه ظلمهما فلا
يظلم هو وهذا في زعمهما فلا يبطل انه ولا يضمنان لشريكه ما اخذه
الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك
فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده وهو يكذبهما في الرجوع
وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد
ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على الولد

هنا لما اخذ منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم الشهود فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما اتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيئا للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حيوة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كليهما وما اخذه الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما اخذه الولد من التركة والفرق بينهما ان الشهادة في حالة الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه يجوز ان يموت الابن قبل الاب فلا تكون شهادتهما اتلافا للمال فلا يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فيكون اتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما كان عبدا ميراثا لهم قال وفي القصاص الدية ولم يقتص اي فيما اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي يقتص منهما لانهما تسببا لقتله فصار كالمكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع فلان تكون الشهادة افضى الى القتل اولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا لقتله وليسا بملجئين اذ الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفى بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص بخلاف المكره ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بالة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة التسبب في ذلك الشاهد وهو حمل الحاكم واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المسبب كدلالة السارق وفتح باب

القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الملجأ هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير به ملجأ لان كل احد يلزم الطاعة خوفا من العقوبة في الاخرة ولا يصير بذلك مقهورا والولي باشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف ينسب الى الاكراه في حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى المكره والمكره كالالة ولان الفعل لا اقل ان يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين لان الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما كما لو شهدا له بقتل الخطأ فقضى له بها واخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا غصبه منه اخر فهلك عنده الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الاول فضمنه فللغاصب ان يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتى يملكه الولي وورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتمليك فيكون السبب معتبرا على ان يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السماء ينعقد في حق

الكفالة الذي هو خلف عن البر لما دان الاصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكفالة اذا رجعوا وضمنوا للولي القيمة كان لهم ان يرجعوا بها على الجاني وان لم منه شيا ولابي حنيفة ان الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر محمودا التسبيب مع المباشر الا ترى ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا انهم جناة ومن ضمن لجناية لا يرجع على غيره وكما في الخطا فانما يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد اتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على ان يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق حلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا للانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بان قتله شخص او شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيا للولي لقتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسالة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان ملك حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه وكذا اذا جعل ذا لمالك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له ان يرجع بالمبدل كذلك قال وان رجع شهود الفرع ضمنوا لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال [ ] لا شهود الاصل لم نشهد الفروع على شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا لان القضا وقع بشهادة الفروع اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم انكروا السبب اصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضا به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضا بخلاف ما اذا قالوا ذلك

أي لو لم يضمن شهود الاصل لم نشهد شهود الفروع أو أشهدناهم وغلطنا

قبل

قبل القضا حيث لا يقضوا به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا [ ] لان وقع شهادة الفروع اذ القاضي يقضي بما يعاين لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فيحصل القضا بشهادة الاصول فلهذا يعتبر عدالتهم فصار كانهم حضروا بانفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا يكون سببا لا يلا شي فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القضا ولهذا اختص الرجوع به بنا عليه للتناسب ولا نقول ان الفروع نايبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن الاداء الشهادة كان عليهم الادا اذا دعاهم المدعي اليه ولو كانوا نايبين عن الاصول لما ان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول بان قالوا اشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال [ ] ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة

من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نابوا عنهم
ونقلوا شهادتهم بامرهم فيخير في تضمين اي الفريقين شا والجهتان
متغايرتان لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على
شهادة الاصول ويقول احدهما اشهاد والاخرى اداء الشهادة في مجلس
القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون
له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف ثبت
بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا
اشهاد الاصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول
فكان فعل كل فريق نحو المشهود عليه سببا ضمانا على سبيل المباشرة
اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي على وجه لو
لم يعمل القاضي بشهادتهم ياثم وكذلك الاصول لان الفروع مضطرون من
جهة الاصول الى الاداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الاداء اثموا
فصاروا نظير القاضي لما الجاه الشهود الى القاضي تنسب اليهم
فضمنوا ثم اي فريق ادى لا يرجع على صاحبه لانه ما ضمن بجنايته بخلاف
الغاصب لانه انما ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه
قال ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول او غلطوا فيه بعد
الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضا لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض
برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم
بانهم كذبوا قال وضمن المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على
المشهود عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم
لم يباشروا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاضافة
وانما اثنوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان ولابي حنيفة

انهم

باشروا من حيث الحكم لان اداء الفروع منقول الى الاصول

انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت
سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون
التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية
علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان
فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه
ولهذا لا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد
لان الشهادة لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها ولهذا يضاف الى الشهادة
ولهذا لا يجوز ان يكون النساء مزكيات مع الرجال في الحدود لما يصلح
للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان
المباشر هو المعتبر والعلة تؤثر في اثبات الحكم وكذلك علة العلة تؤثر
ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود
الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه بقولهم
انه حر مسلم تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وفي حقها شرعا ما دخول
عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم
وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما سببا للآخر
فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود
الاحصان قال وشهود اليمين اي يضمن شهود اليمين ومعنى
المسألة ان يشهد اثنان بالعتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط قبل
الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم
شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق او التطليق
وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد
الشرط اضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع
قال لا شهود الاحصان والشرط اي لا يضمن شهود

الاحصان ولا شهود الشرط ومنها خلاف زفر لما شهود الاحصان
فهو يقول ان الجناية يتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط
لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة الا ترى
ان حافر البئر يضمن عند عدم من يتلقى والحفر شرط الوقوع فيضاف
اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة
الشرط ان يوجد العلة بصورتها ويتوقف على صيرورتها علة على وجود
الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي
قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت على صيرورتها علة على وجود الشرط
وهنا لو زنى ثم احصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا انه محله
الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم
لا يضاف الى العلامة المظهرة واما شهود الشرط بان دخلوا الدار ان رجعوا
وحدهم او مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين
لا يضمنون وعند زفر يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين
جميعا قلنا شهود اليمين اثبتوا بشهادتهم وجود العلة الموجبة
للحكم وهو قوله انت حر او انت طالق والاخرون اثبتوا الشرط والشرط
لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته حقيقة
لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط والمجاز
لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض
مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم يعارضه العلة صلح لاضافة الحكم
اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها فجاز ان تخلفها الشروط
والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه
مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي
واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان

على شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض سبب والله اعلم

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه
الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك على مالي الحفظ
فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه
التوكل يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا والوكيل يفوض
التصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام
بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه
وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم
ابن حزام بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا
احدكم بورقكم هذه الى المدينة الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة
وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز
عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره
اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج والفاظها كل لفظ يدل
على الاطلاق كقوله وكلتك ووهبت او احببت او رضيت او شئت
او اردت ولو قال لا انهاك عن طلاق امراتي لا يكون توكيلا قال صح
التوكيل لما بينا من الدلالة قال وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف
اي التصرف الجائز المعلوم هذا في الشرع حتى ان التصرف اذا لم
يكن معلوما يثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو
في اللغة ما ذكرناه من قبل قال ممن يملكه اي ممن يملك التصرف
لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان التوكيل
يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا
يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف

[illegible]

وقيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط
ان يكون حاصله مما يملكه الوكيل فاما كون الموكل ممن له التصرف فيه
فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير
وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون ممن له التصرف
نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي ولا
بد ان يكون الوكيل ممن يلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها
فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور
عليهما قال واذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا او عبدا محجورا
يعني يصح التوكيل اشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود
ولو كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا عليهما والمراد ان يعرف ان الشرا
جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش
من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم او الربح لا الهزل لان الوكيل
قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة ليكون قادرا
على التصرف وذلك بالعقل قال بكل ما يعقده بنفسه اي
يجوز التوكيل بكل شيء جاز ان يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة
وانما ذكر له ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه
لان المراد به ان يعقده بنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات
لان ذلك مستفيد بامر الامر وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع
الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه
الاستقراض فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل
فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في
باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض
والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت
بالعقد

بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف الرسالة في الاستقراض
لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة له
ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح
واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل ولهذا حقوق
العقد ترجع اليه وعن ابي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز
قال وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم الا ان يكون الموكل
مريضا او غائبا مسيرة السفر او مريدا للسفر او مخدرة اي يجوز
التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط ان يرضى الخصم الا اذا كان
بعذر من الاعذار التي ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضى
الخصم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير
رضى الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعي لانه توكيل بما هو
خالص حقه فيصح بدون رضى الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء
ولان الحاجة ماسة الى تجويزها اذ لا يهتدي اليها كل احد ولا يرضى
بها عند الحكام كل احد وقال عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ان عليا
لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها قحما
وكان اذا خوصم في شيء من امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل
عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له
فهو لي ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا خصمه فكذا يملك
التوكيل بها من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولابي حنيفة ان التوكيل
حوالة وهي لا تجوز الا برضى المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصوم
يختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة الا ترى انه لو
وكل الاشد فيها لددا وانكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا
يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار

التي ذكرناها لأن الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون
فيه إسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله إني أريد أن أسافر لكن
القاضي ينظر في حاله وفي عُدّته فإنه لا يخفى هيئة من يسافر
والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى أن القاضي إذا علم
من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل لا يمكّنه من ذلك ويقبل
التوكيل من الموكل من غير رضاه وإن علم من الموكل قصد الإضرار
بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي ومن الأعذار الحيض من المدعى عليها إذا كان الحاكم في
المسجد والحبس إذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا إليه
قال ___ وبإيفائها واستيفائها إلا في حدٍّ أو قودٍ أي يجوز التوكيل ان غاب الموكل
بإيفاء جميع الحقوق وباستيفائها لما بينا إلا استيفاء الحدود والقصاص
فإنه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لأنه يسقط بالشبهات فلا
يستوفى مع قيام شبهة العفو لما فيه من نوع شبهة على جانبين وقال
الشافعي رحمه الله يستوفى القصاص في حال غيبة الموكل لأنه حق
العبد ولنا أنه عقوبة فيسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة
في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفى بل هو الظاهر إذا كان
العفو مندوب إليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما إذا
كان الموكل حاضرا لأنه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل إلى
ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء
في غيبة الشهود لأن رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل بإثبات
القصاص وحد القذف والسرقة بإقامة البينة فإذا قام وثبت الحق
فللموكل استيفاؤه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل بإثباتها أيضا كما
لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب والأظهر أنه مع أبي حنيفة

الا

إلا أنه يجوزه من غير عذر ولا رضى الخصم وعند أبي حنيفة لا يجوز
إلا بأحدهما وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل وأما حال
حضرته فهو جائز إجماعا لأن كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل إلى المو كل
إذ لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه ولأبي يوسف
أن التوكيل بمنزلة البدل عن الأصل ولا مدخل للإبدال في هذا الباب
ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي
ولا شهادة النساء ولا من الأخرس لأن إشارته بدل عن العبارة ولأن
المقصود من الإثبات الاستيفاء فإذا لم يصح به لا يصح بالإثبات أيضا
ولهما أن التوكيل تناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب
الحد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيهما كما في سائر الحقوق وهذا
لأن وجوب الحد يضاف إلى الجناية وظهوره مضاف إلى الشهادة
والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور إذ الحكم
لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف
الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه
الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن التوكيل فيه وقع بدفع
دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت
العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجا ل
غير أن إقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لأن فيه شبهة عدم
الأمر به والتوكيل بإثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لأنه لا
حق لأحد فيه وإنما تقام البينة على وجه الحسبة فإذا كان أجنبيا
عنه لا يجوز توكيله به قال ___ والحقوق فيما يضيفه الوكيل
إلى نفسه في البيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل

إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند
الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداءً
حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه وقال الشافعي يتعلق بالموكل لأن
الحقوق تبع للحكم ولست بأصل والوكيل ليس بأصل في حق الحكم
فلا يكون أصلاً في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول
والوكيل بالنكاح وأخواته ولنا أن الوكيل أصل في العقد لأن العقد
يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاملاً فقضيته
أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل
الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا
الأصل في حق الحقوق إذ لا ضرورة في حقها والدليل على أنه أصل في
" العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيراً كما زعم
" لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح وأخواته حتى
" إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فإنه لا
" يتعلق بإضافة العقد إليه وانقلاع الحكم للموكل فإذا أضافه إليه كان
أصيلاً فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه
وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه
هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب
وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع له
للوكيل ثم ينتقل إليه فيكون بينهما مبادلة حكمية قلنا إنه يقع والصحيح
أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل لكن في حق
الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلاً فيه كالعبد يتهب
أو يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة وهو
المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء إلى آخره ولذا إذا اشترى

زوجته

زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه
فإذا كان أصلاً في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل
فيها لأنه أجنبي عنها وفي قوله يتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً إشارة له
إلى أن العبد والصبي المأذون لهما يتعلق بهما الحقوق ويلزمهما
العهدة مطلقاً وفي الذخيرة إن كان وكيلاً في البيع بثمن حال أو مؤجل
جاز بيعه ولزمته العهدة وإن كان وكيلاً بالشراء فإن كان بثمن مؤجل
لا يلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل يكون العهدة على الآمر حتى يطالب
البائع الآمر بالثمن دون المباشر لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة
وليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى
وهذا لا يفيده فيه وإنما يلزم ما لا في ذمته ويستوجب مثل ذلك
على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وإن كان بثمن حال
فالقياس أن لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لأن ما يلزمه
ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى وههنا على المشتري ى
من حيث الحكم فإنه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو
اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما إذا
كان الثمن مؤجلاً لأنه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكماً حتى لا يملك
حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الإيضاح إذا أمر أن
يشتري له بالنقد فاشترى كما أمره فالمشتري جائز والعهدة عليه وإن كان
القياس أن لا يجوز لأنه يلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة
وإنما جوزنا استحساناً لأنه وإن لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذي
أمره به ويحبس المبيع عنه فيصير كالموكل المعلق بالبيع فيخرج من أن يكون
متبرعاً ولو أمره بالشراء نسيئة فاشتراه كما أمره كان ما اشترى له
دون الآمر لأن الثمن إذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع

اي العبد الذي هو الوكيل او الصبي

بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه
وفيه اشارة ايضا الى ان المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لانه لا يصح
منه التزام العهدة لقصور اهليته الصبي ولحق مولى العبد فيتعلق
بالموكل كما في الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا عتق يلزمه تلك
العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد
حق المولى اذ هو من اهل الالتزام وقد زال بعتقه فيلزمه والمانع في حق
الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه بعد هذا يصح قبضه لانه
هو العاقد فكان اصلا فيه فانتفى اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفا
الجواز ولو كان المامور مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل العبارة فتعتبر
عبارته ولكن تتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه
والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فروع اختلافهم في
تصرفاته لنفسه قال ومما يضيفه الى الموكل كالنكاح
والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله
بالمهر ووكيلها بتسليمها اي في كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه
تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيها سفير محض
ولهذا لا يستغني عن اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع
النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص
على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم
هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات اما
في النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط ما لكها بعقد النكاح
ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان اسقاط الحرمة نظرا الى الاصل
وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطي ولهذا لا يظهر في حق الفسخ
والتمليك من الغير وفيما وراء الوطي فهو اسقاط جريا على الاصل

اذا لحقه

لحرية تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط في
حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود
الا بسبب جديد فلو كان حكم النكاح ثابتا لمن يضيف اليه ابدا وهو
الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط
الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا
لان المحل فيه خلق مباحا وقابلا للتمليك بطريق الاصالة وكذلك الحكم
مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى
شخص وجاز ان يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة
الى جعله غير اصيل وجواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن اخوات
هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والصدقة والاعارة
والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها
يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا فيه
بل سفيرا او معبرا ولهذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا
لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل لما ذكرنا
من قبل ولان المستقرض يلزم بدل القرض في ذمته فيصير بطريقها
لو قال بع شيئا من مالك على ان يكون عوضه لي ونظير التوكيل بالشحاذة
فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله ان يمنعه من الامر ولو هلك
هلك من ماله بخلاف ما عدا هذه الصورة فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون
بيع ماله بشرط ان يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل
اجنبي عن المحل فلا يمكن ان يكون اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك
بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها
وهي له فلم يكن اجنبيا بل اصيلا فيه قال وللمشتري منع الموكل

اي الحاله

عن الثمن يعني اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طالب
المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها
تتعلق بالعاقد على ما سلف وان دفعه اليه اي الى الموكل صح
ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فايدة في نزعه منه ثم رده
عليه ويبرأ ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا
باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه
ان يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا فلا يكون
الا هالكا من المديون فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به واما الموكل
في مسألتنا فيتصرف في ماله ولا يستلزم احد عليه فيكون قبضه معتبرا
وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل
الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف يتعلق بالقبض قبل
الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما
يتعلقان بالمتعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسألتنا
ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو
كان للمشتري دين على الموكل يقع المقاصة بمجرد العقد لوصول
الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة
بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط
وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضا دينه بمال الموكل
بخلاف الصرف حيث لا يقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب
والقبول فلا بد من وجوده حقيقة او حكما باضافة العقد الى الدين
وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا يقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على
جواز ابرا الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا يقع المقاصة
بدينه وعنده لا يجوز فلا يقع ووجه البنا ان المقاصة ابرا بعوض

فيعتبر

فيعتبر بالابرا بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة
بدين الموكل اولى عنده ثم لو ابرآه معا فانه يبرا بابرا الموكل حتى لا
يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف استحسان ووجهه ان
الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه
تصرف فيه على خلاف ما امره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه
للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه
قولهما ان الابرا اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا
ترى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه
لا يتمكن من ذلك فكان هو بالابرا ممتنعا عن القبض مسقطا حق
نفسه فيصح منه الا انه بقبضه يتعين ملك الامر في المقبوض
واذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن
اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن
لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى
هذا الخلاف ابرا الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشرا

الاصل ان الجهالة
اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا
فلا والجهالة ثلثة انواع جهالة فاحشة وهي
الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سوا بين الثمن او لم يبين كما لو
وكله بشرا ثوب او دابة او نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة
وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشرا فرس او حمار او ثوب
هروي او مروي ونحو ذلك فانه يجوز التوكيل به وان لم يبين الثمن
وقال الشافعي لا يجوز والحجة عليه ما روي انه عليه السلام وكل حكيم
ابن حزام بشرا شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود

ويمكن رفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو ان
عاميا وكل رجلا بشراء فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا
يلزمه الثالثة جهالة بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد
او جارية ان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او حبشيا او نحو
ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان
الثمن يعلم من اي نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتقل الجهالة
بعد ذلك فتصير يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة كجهالة الوصف وجهالة
الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك القدر
من الثمن يوجد من كل نوع فلا تنتفي المعرفة قال ومن بشراء
ثوب هروي او فرس او بغل صح سمى ثمنا او لا لانه لم يبق الجهالة
بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي متحملة في الوكالة لان الوكيل
قادر على تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله اذ اختلاف
الصفة لا يوجب اختلاف اصل المقصود ولا تشترط في مثله تسمية
الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس الثمن يصير معلوما عادة
فصار كالوكالة بشراء ثوب هروي على اي صفة كان ولانا لو شرطنا
الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام
بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال
وبشراء عبد او دار جاز ان سمى ثمنا والا فلا لان هذه جهالة متوسطة
بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم
من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبد معلوم بين الناس والتحق
بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس
فلم يجز التوكيل به وهذا لانه باعتبار منفعة النكاح جنس واحد وباعتبار
منفعة النظر والجمال اجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني ادم
ولهذا

ولهذا جعل رؤية الوجه من بني ادم كرؤية الكل لحصول العلم بالمقصود د
وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي
والهندي والسندي والحبشي والتكروري وكذا اذا بين نوعه يجوز
الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه
لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه اولى ان يجوز قال وبشراء
ثوب او دابة لا وان سمى ثمنا يعني لو وكله بشراء دابة او ثوب لا يصح
التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس ولا يمكن من الامتثال لتلك حش
الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس الا وللم
الموكل ان يقول انما عنيت خلافه والامر الذي لا يمكن الامتثال به باطل
فتلخص لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز
الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت فيما بينهما فان
كانت انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين
التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع
اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين
مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل
اسم ينتظم اشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذي
ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم
بان قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رأيه
فاي شيء اشتراه له يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دوابا ب
او اشياء او ما شئت او ما رأيت او ادنى شيء حضرك او ما يوجد
او ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال
اشتر لي بالف ولم يقل شيئا جازت الوكالة ويصير مستقرضا للالف منه
ويصير البائع قابضا للآمر او لاجل الغرض يصير قابضا لنفسه

وكذا إذا قال اجعله بضاعة لي لأن لفظ البضاعة تدل على العموم وكذا
لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فإنه يصح استحسانا لأنه تفويض عام
فكأنه قال اشتر لي ما بدا لك أو قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال
أذنت لك أن تشتري به لما بينا قال ـــ وبشراء طعام يقع على البر
ودقيقه أي لو وكله بشراء طعام ينصرف إلى الحنطة ودقيقها حتى لا
يكون له أن يشتري له غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم
لأنه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام
مقرونا بالبيع أو الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما إذا
كان مقرونا بالأكل فبقي على حقيقته فيحنث بأكل أي طعام كان حتى
لو حلف لا يشتري ولا يبيع طعاما لا يحنث إلا في البر لما ذكرنا وقيل
إن كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وإن كانت قليلة فعلى الخبز وإن كان
بين الأمرين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد
حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة
يتخذها فهو جاز له أن يشتري الخبز له لأن حاله يدل على أنه ما يشتريه
للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة إذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا
الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو في الكثير عادة وقال بعض
مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني
المهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد
رحمه الله وعليه الفتوى وإذا لم يدفع إليه الدراهم وقال اشتر لي طعاما
لم يجز على الآمر لأنه وكله أن يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة
القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر
على تحصيل مقصود الآمر مما سمى له قال ـــ وللوكيل الرد بالعيب
ما دام المبيع في يده يعني من غير أمر الموكل لأن الرد بالعيب من حقوق العقد
وهي

وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به قال ـــ ولو
سلمه إلى الآمر لا يرده إلا بأمره لأن حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم إليه
ولأن في رده بغير إذنه إبطال ملكه ويده الحقيقية ولا يمكن ذلك
بدون رضاه ولأنه أصيل في حق الحقوق نائب في حق الحكم على أصح
الأقوال فكان له جانبان جانب النيابة يمنعه الرد وجانب
الأصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الأصالة قبل الدفع إلى الموكل وبجانب
النيابة بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضي الوكيل
بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا أنه أصيل في الحقوق
وهذا على قولهما ظاهر لأنه يملك الإبراء عن الثمن فعن العيب أولى واختلف
المشايخ على قول أبي يوسف فمنهم من صححوا إبراءه وفرقوا بين هذا
وبين الإبراء عن الثمن لأن الإبراء عن الثمن يحتمل أن يكون مضرا به لاحتمال
أن يكون المشتري أملى من الوكيل فإذا برئ بقي دينه في ذمة الوكيل
وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الإبراء عن العيب لأن الموكل فيه
على خياره إن شاء رضي بالعيب وأخذه وإن شاء رده على الوكيل
إذ لا يلزم الموكل بإبرائه ولا يسقط خياره به وهذا لأن بينهما مبادلة
حكمية كأن الوكيل باعه من الموكل ولهذا الحبس للوكيل المبيع حتى
يستوفي الثمن من الموكل فإسقاط حقه في العقد الأول لا يلزم منه
سقوط حق من اشترى منه قال ـــ وحبس المبيع بثمن دفعه من
ماله أي للوكيل بالشراء إذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع حبس
المبيع بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من أن المبادلة
الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري
منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه ولو اختلفا في الثمن
تحالفا وسلم المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولأن

توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن
عنه من ماله فصار كما لو اذن صريحا فيرجع به عليه وله حبس
المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البائع وقوله بثمن دفعه من ماله
وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن اصالة له ان يحبسه عنه وهذا
لانه لما تنزل منزلة المشتري منه اخذ حكمه والمشتري لا يملك من
اخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بايعه حقيقة تحققه ان حبس
المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل انه بايع له
حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن او لم ينقد وقال
زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نايب عنه
فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع
بعد القبض وهذا لان المبيع امانة في يده وليس للامين حبس الامانة
بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره
الوكيل ببدل يستوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما
لو باعه اياه حقيقة وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية ولهذا
يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند الاختلاف
في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا الحكم ولا نسلم ان قبضه
قبض الموكل بل قبضه يجوز ان يكون لاجل حق نفسه ويجوز ان
يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين في الاخرة ان القبض كان
لحقه وبعد الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا
يحكم عليه بشي ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر
على القبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز
عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ في سقوطه
ضرر عليه قال فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل

هذا صح

ولم

ولم يسقط الثمن لان الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضا
بقبض الوكيل حكما لما لم يمنعه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك
هلك من مال الامر وكان له ان يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه
عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس او تبين به انه قبضه لنفسه
قال وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع
قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنه فبالحبس يكون متعديا
كالمودع يمنع الوديعة عن صاحبها وقال ابو يوسف هو كالرهن
فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس
للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف
المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبسه
تحققه ان حبسه للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل
العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فان المبيع
فيه يكون محبوسا من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما
ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا
بالمبادلة وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما
وان لم ينفسخ في حق البائع وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم
يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع
والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشائع وحكم
الرهن لا يثبت فيه وان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل
يثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت
في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل يملكان المبيع بعقد واحد

فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني قال ويعتبر
مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل لان المستحق فيهما قبض
العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به
الحقوق كالصبي او العبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح
وان لم يتوجه عليه المطالبة فهي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق
به حقوق العقد واذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه
وان فارقه قبل القبض بطل العقد شرطه وان فارقه الموكل قبل
القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة
حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل
فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد
فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد
واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف
نفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى جواهر زاده وهذا
مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم
يحضر ثم ذكر فيه بعده باسطر فقال المعتبر بقا المتعاقدين في المجلس
وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه
واطلاق ساير الكتب دليل على ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا
ولو كان حاضرا وفي قوله يعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم
اشارة الى ان التوكيل فيهما جائز وانما جاز لانه عقد يملكه
الموكل فجاز ان يوكل به كساير انواع البياعات والاجارات وهذا
في الصرف يجري على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين
واما في السلم فانما يجوز بدفع راس المال فقط واما بالجانب الآخر فلا
يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال يبقى المسلم فيه في ذمته

وهو

وهو مبيع وراس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله
بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين ولذا بطل التوكيل كان
الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك
له واذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا قال
ولو وكله بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض مختصر
القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل
وجه قول ابي يوسف ان هذا خلاف الى خير لان المامور به صرف
الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ
عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما
لو اشترى ما يساوي عشرون منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا
لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الامر تناول ما يساوي عشرة
ارطال منه درهما بدرهم وجه الاول انه امره بشرا عشرة ولم يامره
باكثر منه فينفذ الزايد عليه والعشرة على الامر بخلاف ما استشهد
به لان الزايد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشتري له ثوبا هرويا
بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة
دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان كل واحد منهما مجهول
اذ لا يعرف الا بالتحري ولذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسالة
اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على اجزائه على السوا وهو معلوم
يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول
ابي حنيفة لانه لا يكون موافقا مثله عنده هنا كما اذا امره ان يطلق
امراته واحدة وطلقها ثلثا حيث لا يقع شي عنده ولا لو اختلف

نسخه م

لا

الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لأن الاتفاق
فيها شرط لأنا نقول ذاك فيما إذا لم يجد نفاذا على الموكل وأما إذا
وجد منفذا وفي ضمنه ينفذ على الآمر وهذا لأن الشرا لا يتوقف
بل ينفذ على الوكيل إذا وجد نفاذا والعشرة داخلة في العشرين
فنفوذ العشرين ينفذ العشرة بخلاف ما ذكرنا في مسألة الطلاق
والشهادة فإنها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة
والموافقة شرط فيه قال ولو وكله بشرا شي بعينه لا يشتريه
لنفسه معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي
بالشرا لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لأن فيه عزل نفسه
وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل
حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشتري له لأن له أن
يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغريرا له بخلاف ما إذا وكل
بشرا العبد أن يشتريه له من مولاه أو وكل العبد المحجور رجلا
أن يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح
به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر بعد أنه وكيل بشرا شي بعينه وإنما
كان هناك الاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب إن شاء الله تعالى وبخلاف
ما إذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها حيث جاز له أن يتزوجها لأن
النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة
نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فانعزل وفي الوكالة
بالشرا الداخل فيها شرا مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد فكل شرا أتى
به لا يكون مخالفا به إذ لا يعتبر في المطلقات إلا الذات دون صفاتها
فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا له حتى لو خالف مقتضى
كلام الآمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما نذكر من قريب إن شاء الله
تعالى

بحضرة الموكل وليس
له أن يعزل نفسه صح

٨

تعالى ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشي بعينه فاشترا
له كان للموكل الأول دون الثاني لأنه إذا لم يملك الشرا لنفسه فأولى
أن لا يملك الشرا لغيره قال فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف
ما سمى له من الثمن وقع للوكيل لأنه خالف أمره فينفذ عليه فينعزل
في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله
وهو غائب كان الملك للوكيل الأول لما قلنا وإن اشتراه بحضرته
نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا
ولأنه إذا كان حاضرا أمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح
بخلاف ما إذا كان غائبا بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق إذا وكل
غيره فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الأول حيث لا ينفذ وإن
حضره رأيه لأن الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده
بشي بل يبلغ الرسالة فإذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع
والشرا بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف ولهذا لو فعل
ذلك غيره من غير توكيل منه فأجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق
لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا فيما ذكرنا قال وإن
كان بغير عينه فالشرا للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله أي
إن وكله بشرا عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا إذا قال
نويت الشرا للموكل أو يشتريه بماله والمراد بقوله أو يشتريه بماله
أن يضيف العقد إليه وهذه المسألة على وجوه إما أن يضيف العقد
إلى ثمن معين أو إلى مطلق من الثمن فإن أضافه إلى معين كان المشتري لصاحب
ذلك الثمن لأن الظاهر أنه يضيف الشرا إلى مال من يشتريه له وهذا
لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع
به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم

المغصوب وذلك ممنوع من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد
الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يملكه وقد جرى
العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر
شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك
جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه
يجب عليه الضمان وان اضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا
او مؤجلا فان كان حالا فلا يخلو اما ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما
او على عدمها او يختلفا فيه فان كان حالا واتفقا على وجود النية
لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا وانعقادها
حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري
لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال
الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد
بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة مثل اضافة الشرا
اليه لان الظاهر ان يفعل ما يجوز له شرعا او يجري على عوايده وان اتفقا
على انه لم يحضره النية فعند محمد هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من
التصرفات يكون لنفسه فصار كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينوه للمحجوج
عنه وعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فيبقى
موقوفا فمن اي المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار بحالة التكاذب
بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتادى الا بالنية فكان مامورا
بان ينوي الحج عن المحجوج عنه واذا لم يفعل كان مخالفا واما المعاملات
فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فيبقى الحكم موقوفا على
النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم اولا
الاضافة فيكون المسلم فيه لمن اضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون
لمن نوى

لمن نوى له بالعقد ان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم النقد
وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن
مشايخنا من قال لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد في الشرا فيما اذا تصادقا
على انه لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف في السلم لان
للنقد فيه اثرا في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن نقد من
ماله بخلاف الشرا ففرق هذا القائل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان
الثمن مؤجلا فهو للموكل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثمن
مؤجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال
وان قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول له الآمر وان كان
دفع اليه الثمن فللمامور صورته امره بان يشتري له عبدا بالف مثلا
ثم قال المامور اشتريت لك عبدا وقال الآمر اشتريته لنفسك كان القول
قول الآمر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الموكل وان كان مدفوعا اليه كان
القول للمامور وهذه المسألة على ثمانية اوجه اما ان يكون مامورا
بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد
حيا حين اخبر الوكيل بالشرا او ميتا فان كان مامورا بشرا عبد بعينه
فان اخبر بشرائه والعبد حي قائم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن
او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به في التحقيق
والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك
وهي في العدة وكذبته فان القول له وبهذا وقع التقصي عن الولي اذا اقر
على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة لانه لا يملك
انشاءه شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بالشهود بخلاف الشرا
فانه يقدر على انشائه شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين
اخبر فقال هلك عندي بعد الشرا وانكر الموكل فان كان الثمن غير

منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه لان المشترى ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للآمر عند ابي حنيفة وعندهما القول للمامور لانه اخبر عما يملك استئنافه فيصح كما في المعين وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه بذلك الثمن حال حضرة الموكل على ما سبق فلا تهمة الا ان الثمن ان كان منقودا فالقول للمامور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمامور عندهما وكذا عند ابي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر قال وان قال بعني هذا لفلان فباعه ثم انكر الامر اخذه فلان اي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني اشتريه له فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره فقال فلان انا امرته فانه ياخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بانه وكيله فاذا انكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال الا ان يقول لم امره به اي الا ان يقول فلان المشترى له لم آمره بالشراء فحينئذ لا ياخذه بل يكون للمشتري لان الارتداد

المشترى

المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري قال لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشترى له واخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فيكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي ممن اشترى لغيره شيئا بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشترى له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض قال وان امره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد بغير تفرق فيجوز ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن او اقل او بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له ان يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما له وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شراء احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال ولو شرائهما بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة اي لو وكله بشراء العبدين بالف وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بنصف الالف او اقل جاز الشراء وبالاكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سوا فيقسم عليهما

للمامور لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول له صح

صح

نصا في دلالة فيكون امرا بشرا كل واحد منهما بحصته ضرورة
فالشرا بحصتها به موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر
فلا يلزم الموكل الا ان يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل ان يختصما
استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف قد
حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا يعتبر
معه عند تعارضهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد
بقي من الالف ما يشترى بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل
حصل مطلقا بالعقد لكن كل واحد منهما بحصته والمطلق يحمل على
المتعارف وهو الشرا بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس
فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف
قدر ما يشترى بمثله الباقي ليحصل غرضه قال وبشرا هذا
بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المامور اي لو كان له
دين على شخص فوكل الدائن المدين بان يشتري له هذا العبد بذلك
الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشرا عبد غير معين فاشترى
لا يكون للامر بل ينفذ على المامور حتى لو مات عند المامور
مات من مال المامور والالف عليه فان قبضه الامر فهو له وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للامر في الوجهين وعلى هذا
اذا قال الدائن للمدين اسلم الدين الذي لي عليك الى فلان جاز
وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيف ما كان وكذا لو امره
بان يصرف ما عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشرا اذا اضيف
الى دين لا يصح عند ابي حنيفة اذا لم يكن البائع او المبيع متعينا وعندهما
يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا

او دينا

او دينا ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشتري ثم تصادقا ان لا
دين لا يبطل الشرا ووجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق
والتقييد به سواء في غير الدين حتى اذا وكله بان يشتري له عبدا
ولم يعين الالف ولا البائع ولا المبيع جاز للموكل فكذا هذا فصار
كما لو قال تصدق بمالي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو
اجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او اجر
دابته وسق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع او المبيع متعينا
ولابي حنيفة ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين
منها او بالدين منها ثم هلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة
فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك
لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم يقبضه لنفسه وتوكيل المجهول
لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط
مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه
بالقبض وهو معلوم فيصح لتعيينه فيصير البائع اولا قابضا له
ثم يتملكه ولتعيين المبيع تعين البائع لكون به معلوما وبخلاف ما اذا
امر بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير
ينتصب نائبا عن الله تعالى في قبض حقه والله تعالى محيط بكل
شئ علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح واما مسئلة
الحمام ونحوها فقيل هو على الخلاف ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار
الضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر في كل وقت فاقيم الحمام مقام
المؤجر في القبض واما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد
الشرا به لان النقود لا تتعين في البيع دينا كانا او عينا فاذا لم تتعين

وامر المستاجر ان يشتري بالاجرة عبدا يسوق الدابة

صح

لا يبطل البيع ببطلان الدين لأنه لم يتقيد به بخلاف الوكالة فإن
النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين
في الوكالة قبل القبض بالإجماع وكذا بعده عند عامتهم لأن الوكالة
وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه إلى الزيادات والذخيرة فعلى
هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة والتعليل الصحيح أن يقال إن تمليك له صح
الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وإنما جاز في المعين
لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وإن لم يكن
معينا لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك في الإسلام
والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا وإذا لم يصح التوكيل عنه نفذ الشراء
على المأمور حتى إذا هلك بعد القبض يهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر
منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للآمر قال وشراء
الأمة أي وكله بشراء أمة بألف دفع فاشترى وقال اشتريت بخمسمائة
وقال المأمور بألف فالقول للمأمور يعني إذا كانت الأمة تساوي ألفا
لأنه أمين يدعي الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه حق
الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول قوله وإن كانت تساوي
خمسمائة فلا يلزم الآمر لأنه خالف أمره إذ الأمر يتناول أمة تساوي
ألفا فينفذ على المأمور وإن قيد غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر لأن المأمور
لا يملك أن يخالف الآمر ولا أن يشتري بغبن فاحش ولا فرق في ذلك
بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة لما ذكرنا أنه مخالف قال وإن
لم يدفع فللآمر أي إن لم يدفع الآمر الألف إلى المأمور والمسألة بحالها
كان القول للآمر ويلزم الأمة المأمور وهذا فيما إذا كانت قيمة الأمة
خمسمائة وظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وإن كانت
قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل
على

على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بينا من قبل ثم
إذا حلفا يفسخ العقد بينهما ويلزم الجارية المأمور لانفساخ ملك
الآمر بالفسخ قال وشراء هذا أي وكله بشراء هذا العبد
ولم يسم ثمنا فقال المأمور اشتريته بألف وصدقه البائع وقال
الآمر بنصفه وهو خمسمائة تحالفا لأنهما اختلفا في مقدار الثمن
وليس لهما بينة فوجب المصير إلى التحالف كما في المسألة الأولى وقيل
لا يتحالفان هنا لأن الخلاف يرتفع بتصديق البائع إذ هو حاضر فيجعل
تصادقهما بمنزلة إنشاء العقد في الحال وفي المسألة الأولى هو غائب بيع
فاعتبر الاختلاف وإلى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضي خان
وهو أصح ومال أبو منصور إلى الأول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر
لأنه إن استوفى الثمن فهو أجنبي عنهما وإن لم يستوف فهو أجنبي
عن الآمر فلا مدخل له بينهما وقال في الهداية وهو الأظهر وقال في الكافي
هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول للمأمور مع يمينه
قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لأن الوكيل هو المدعي
إلا في صورة التحالف فكان المقصود من التحالف يمين المدعي دون المنكر
إذ ذاك لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا مراده
التحالف لكان القول قول الآمر لكونه منكرا فكان يأخذ المبيع بما ادعاه
من الثمن إذا حلف ولم يذكر يمين المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمهم الله
إلا أن فيه إشكالا لأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن
لفظه لا يدل على ذلك ولا على الأول فإن قوله إن القول للمأمور مع يمينه
يدل على أن المأمور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما
ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما إذا اتفقا على أنه
أمره أن يشتريه له بألف وإن اختلفا فقال الآمر أمرتك أن

ليشتريه لي بخمسمائة وقال المأمور امرتني بالشرا بالف فالقول قول
الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله
ويلزم العبد المأمور لمخالفته فان اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل
لانها تثبت اكثر الاثبات قال ـــــ وشرا نفس الآمر من سيده بالف ودفع
فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده
وان قال اشتريته فالعبد للمشتري والالف لسيده اي لو وكل العبد
رجلا اشترا نفسه من سيده بالف والآمر هو العبد ودفع الالف
الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشرا انا اشتري عبدك لنفسه
فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته
ولم يبين انه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري
والالف الذي اخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجانا
ويجب على المشتري او على المعتق الالف واصله ان بيع العبد من نفسه
اعتاق على مال وشرا العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره
بيعا حقيقة غير ممكن اما لان العبد ليس باهل للملك او لاستحالة
ان يملك نفسه فيجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع
فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فيلزمه الولا والوكيل
بالقبول سفير ومعبر عنه فلا يرجع الحقوق اليه واذا اطلق الوكيل
ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا
اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى
به لما فيه من لزوم الولا وعقل جنايته فلا يكون الشرا للعبد بخلاف
الوكيل بشرا العبد من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشرا من غير ان
يبين للمولى انه يشتريه لموكله لان حكم العقد لا يختلف بين ان يكون
له او لموكله اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين حتى يتعلق

وعلى المشتري أي المعتق مثله شرح

٨

به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه الى البيان وهنا احدهما
اعتاق يعقبه الولا ولا يتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع
واحكامه تخالف العتق ولا يدل رضاه باحدهما على الرضا بالآخر
فلا بد من البيان فاذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى
لانه كسب عبده وعلى المشتري او على العبد اذا عتق الف مثلها
ثمنا او بدل العتق لان الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما اداه بجهة
اخرى وهو انه كسب عبده وكان ملكا له قبل الشرا وقبل العتق
فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل
لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق اليه وان بين انه يشتريه
للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة ان العتق
يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب
من كتاب الوكالة في وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق والمال على الو
لان توكيله بشرا العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله
الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ
البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة ولهذا
لا يستغني عن اضافته الى العبد الآمر له فلا يتعلق بالوكيل حقوقه
فيطالب الآمر بها اذا كان الآمر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى
حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا قال ـــــ
وان قال العبد اشتر لي نفسي من مولاي فقال المولى بعني نفسي
لفلان ففعل فهو للآمر وان لم يقل لفلان عتق اي اذا قال رجل
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان
فباعه المولى على هذا الشرط فان العبد ملك الآمر وان اطلق العبد
بان قال بعني ولم يقل لفلان عتق واصله ان العبد يصلح ان يشتري

كذا

نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشرا باعتبار
المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان للبائع ان يملك
حبس العبد حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا نفسه
بمجرد العقد سوا اشتراه لنفسه او لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا
اضاف العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا اضاف الشرا الى نفسه
بان قال اعتقني نفسي ليشتري عن لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشرا شي
معين فوجب ان لا يجوز له شراوه لنفسه لانا نقول انه جنس اخر
من التصرف لان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراوه قبول العتق
فيكون مخالفا فينفذ عليه لان الوكيل بشرا شي معين ينفذ عليه عند
المخالفة على ما بينا من قبل وان اطلق بان قال اعتقني نفسي ولم يقل لي ولا
لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك
فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق
مجاز فينبغي ان يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو
الاصل باتفاق العلما لانا نقول الاصل ان الانسان ان يتصرف لنفسه
فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف الغرضان
فالظاهر ان المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه يطلق اعتاق
واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولان من يجوز حجر عن ملكه
الا الى الحرية ليثبت له الولا عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد
في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا وقع الشرا له فظاهر واما اذا وقع
للامر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع
به هو على الامر ولا يقال ان العبد هنا محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا
عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره

كالمودع اذا اشترى
الوديعة من المالك للبائع
حبسه للبيع لوجود
القبض بمجرد العقد
صح

مقترنا

مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشرا للامر فلا بد من قبول العبد
لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى
بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعتني نفسي لانه اعتاق ثم
فيستبد به المولى بنا على ان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق
كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع

فصل

الوكيل بالبيع والشرا لا يعقد مع من ترد شهادته له وذلك مثل
ابيه وابنه والوالد واحد الزوجين للاخر وعبده ومكاتبه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان الوكيل
مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار
كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك عبده له وله في مال مكاتبه
حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه او تمكنت شبهة
بخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة رحمه الله ان مواضع التهم مستثناة
عن الوكالات وهذه مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال
من وجه اخر بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه
الا ترى ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعدما صار المال عروضا
وانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه بمنزلة بيع
مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل لا يجوزوا فيهما البيع الا بمثل
القيمة فعلى هذا لنا ان نمنع وقالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق
له بان قال الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر في
النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة
يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان
كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة

فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيع لا يجوز وفي رواية
المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا
التفصيل إلا إذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفي انه صح
الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على إحداهما وعلى هذا الخلاف الإجارة
والصرف والسلم ونحوها قال ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض
والنسيئة لأن الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير إلى أجل وهذا
عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز بيعه بنقصان لا
يتغابن الناس في مثله ولا يجوز إلا بالدراهم حالة أو إلى أجل متعارف لأن
مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد الوكيل
بها بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة أو مؤجلة بأجل
متعارف بين الناس وبيع ما يساوي ألفا بعشرة إلى مائة سنة غير متعارف
فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام الحاجة
من تلك السنة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو
صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل
بالشراء والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الأمر
بالبيع ولأبي حنيفة أن الوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع
التهمة وهذا لأن البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد
أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة إذ لم يكن في لفظه
ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني وللنفقة ونحو ذلك متعارف
عند شدة الحاجة إلى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من أن يكون
بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث به ويستحق
الكل بالشفعة واليمين تنصرف إلى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة
وإنما لا يملكه الأب والوصي لأن ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في

الغبن

الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له إبطا له
لما زاد على الثلث والوكيل بالشراء متهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه
ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا تهمة والمسا بل
المستشهد بها ممنوعة على قول أبي حنيفة والمقايضة بيع من كل وجه
شراء من كل وجه لأن كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الآخر ولا تهمة
فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل
بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وإن كان لا يملك
شراءه لنفسه لأنه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية
والوكيل بالنكاح إذا زوجه بأكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة قال
ويتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم
المقومين أي يتقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش
وهذا بالإجماع والفرق لأبي حنيفة ما ذكرناه وفرق آخر أن من أمر بالبيع يلاقي
ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر
إطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على أخص الخصوص
وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة فتقيد بهما ولأن اعتبار الإطلاق في الشراء
غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لأنه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه
الموكل وبزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يتعذر
عليه ذلك فأمكن اعتبار إطلاق الأمر فيه فافترقا ولهذا ليس له أن يشتري
بمكيل أو موزون غير النقدين دينا في الذمة لأن التوكيل بالشراء يتقيد
بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر لهذا حتى لو اشتراه به
ينفذ على الموكل لأنه شراء من كل وجه إذ الموصوف فيه ثمن بخلاف ما
إذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين
وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لأن القيمة تعرف بالحزر والظن

بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما
لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الا عمدا وقيل
حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار
خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة في التصرف
فكلما كانت الممارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر فيعفى عن التفاوت بحسب
الممارسة والصحيح الاول وفي النهاية جعل هذا القدر يسيرا عفوا وهو خلاف
ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن اليسير ايضا وليس شيء
لهذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين
واما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى عنه الغبن وان قل
ولو كان فلسا واحدا قال ـــــ ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عند
ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز بيعها مجتمعا ومتفرقا
فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من
الثمن جاز عنده فبنصفه اولى ان يجوز وقالا لا يجوز لان فيه ضرر الشركة
وهو عيب يعتاد اذ هو عيب ينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر
المطلق ولا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق
فيتبين ذلك ببيع الباقي لعله بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر في
تبعيضه ولا ينقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر
بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة
قال ـــــ وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقي اي في التوكيل بشراء العبد
اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل
والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى
الامتثال بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة
فيحتاج

فيحتاج الى شرائه شقصا فشقصا حتى يشتري الكل فاذا اشترى
الكل قبل رد الامر الشراء تبين انه وسيلة فينفذ على الامر وان لم يشتر حتى
رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند ابي حنيفة على
ما سبق والفرق له بينهما ان الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر
بيانه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف على
شراء الباقي ولا يقال ان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فلم وقع القول
بالتوقف لانا نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد واما اذا لم
يجد فيتوقف كشراء العبد والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير امره
فانه يتوقف على اجازة من يشتري له لانه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا
هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ
عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الامر لانه لم يوافق امره من كل
وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم الامر والا لزم المأمور ولا فرق ق
فيه بين الوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه فلو اعتقه الامر في زمن
التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد
بالعكس لانه قد خالف فيما امر به وانما توقف عليه من حيث ان
الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فقبل ان يشتري
يبقى مخالفا واذا اعتقه الامر لم ينفذ وابو يوسف يقول ان العقد
موقوف على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق
اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا
بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ
اعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح قال ـــــ ولو رد

المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة او نكول رده على الآمر وكذا
باقرار فيما لا يحدث مثله لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول
لعدم علمه بعيب المبيع فلزم الآمر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما
يرده عليه اذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان
العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة
فحاصله ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزائدة والاصبع الزائدة
او يكون حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة او يحدث في مثلها فان كان
غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان
حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا
اقرار لعلمه بكونه عند البائع وما قيل اشتراط البينة او النكول او الاقرار
في الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج
الى هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء
وقولهن حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان
القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وان كان
عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة
مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها
رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل وان رده عليه في هذا
النوع باقرار بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة
قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له ان يخاصم
الموكل فيرده عليه ببينة او بنكوله وان رده عليه باقراره برضاه من
غير قضاء فليس له ان يرده على الموكل لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل
ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لان الرد حصل بالقضاء
فكان مكرها فانعدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل

فسخا

فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو
الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم
الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا ان يقيم حجته
على الموكل وان كان العيب غير حادث او كان حادثا الا انه لا يحدث
مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس
له ان يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع انه يكون
ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه
القاضي على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه
بلا حجة فكان الحق متعينا في الرد قلنا الرد بالتراضي بيع جديد في
حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل يثبت حقه
اولا في وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد
بحدوث العيب او بزيادة حدثت فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان
فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير
وغيرها وبين الروايتين تفاوت ثم لان فيه نزولا من اللزوم الى
ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم
قال وان باع نسيئة فقال الآمر امرتك بنقد وقال المأمور
اطلقت فالقول للآمر اي الوكيل بالبيع باع بنسيئة وقال له
الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني ببيعه مطلقا
ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى
لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس او الثمن الا ترى انه لو قال وكلتك

ان يشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ
فاذا كانت مسئلتنا على العقد وهو يستفاد من جهة الامر كان
القول له كما اذا انكر الامر اصلا قال ـــــ وفي المضاربة للمضارب
اي باع المضارب نسيئة فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد
وقال المضارب اطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة
الاطلاق والعموم الا ترى انه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع
والابضاع والتوكيل والاستيجار والايداع بذكر لفظة المضاربة فقامت
الدلالة على الاطلاق بخلاف دعواه فيما كان يدعيا لمن هو الاصل فيها
فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال
المضاربة في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق والمضارب في نوع صح
باتفاقهما فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شايبة الشركة ثم مطلق
الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اجل متعارف عندهما والى اي
اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد باجل متعارف بين التجار
على ما يجي في موضعه ان شاء الله تعالى ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع قال
او كفيلا فتوى عليه لا يضمن لانه اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان
والكفالة وثيقة جانب الاستيفاء فيملكها ولان قبض الرهن كقبض الثمن اي الوكيل بالبيع بعد ذلك لا يضمن صح
من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن
بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل
لانه يقبض نيابة عن الامر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الامر منعه
ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا انه اصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد
بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها
لان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا
كله

كله ليس بشيء لان المراد هنا توى يضاف الى حلة الكفيل
بحيث انه لو لم ياخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن والتوى
لو صح الذي ذكره هنا غير مضاف الى حلة الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ
كفيلا ايضا يتوى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد
لان الدين لا يتوى فيها بموت المحتال عليه مفلسا بل يرجع به على
المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان
يقال ان المراد بالتوى توى يضاف الى حلة الكفيل وذلك يحصل
بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى
الرجوع على الاصيل لموته مفلسا مثل ان يكون القاضي مالكيا فيحكم
ثم يموت الكفيل مفلسا قال ــــ ولا يتصرف احد الوكيلين
وحده لان الموكل رضي برايهما لا براي احدهما ولو كان البدل مقدرا
لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في الزيادة والنقصان وفي اختيار
البائع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الراي
ح وامكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد واما ما لا يحتاج
فيه الى الراي كالطلاق والعتاق بغير عوض ولا يمكن الاجتماع
فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه دون صاحبه وكذا
اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف
لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا
يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما بكلام
على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح
لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة
والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما
بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما

بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر
عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع احدهما بحضرة صاحبه
فان اجازه صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة
وان مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للآخر ان يتصرف وحده لعدم
رضاه برأيه وحده قال: الا في خصومة وطلاق وعتاق
بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين لان في هذه الاشياء لا يحتاج فيها
الى الرأي والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأي لكن اجتماعهما
في الكلام في مجلس القاضي متعذر لانه يؤدي الى التلبيس على القاضي
والى الشغب والرأي يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط
حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لم يتعلق بسماعه
الخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج
فيه الى الرأي الا اذا قال طلقاها ان شئتما او جعل امرها بايديهما
فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا او يكون تعليقا
فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند
وجود احدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلق
وحده ولا يقع عليها طلاق احدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا وطلقها
احدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى
الرأي فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها حيث
لا يكون لاحدهما ان يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل
فيه غرض صحيح لان حفظ الاثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه
احدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ لم يرض بهما الا مجتمعين
لا متفرقين فلم يكن مأمورا في حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء
الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة

قال

قال: ولا الوكيل الا باذن او باعمل برأيك اي لا يوكل الوكيل
فيما وكل به الا ان يأذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك لانه
رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون
التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق
حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصيل فيه ولهذا لا يملك الموكل
ولا نهيه عنه وتملكهما فيما نحن فيه فلا يملك الموكل بدون رضاه فاذا
فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول
ان يعزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل وهو نظير استخلاف
القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي
الاول ولا بموته وينعزل بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزل بموته
والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه
هو او ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته
لبطلان حقه قال: فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته
او باع اجنبي فاجاز صح اي ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل
الاول او عقد اجنبي فاجازه الوكيل الاول جاز فيهما لان مقصود الموكل
حضور رأيه وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول
جاز من غير اجازة منه لان المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس
العقد باذنه ولو قدّر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول
المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين
وقدّر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما ان يتصرف بدون صاحبه لان
تقديره لا يمنع استعمال الرأي في نقصانه في الشراء وفي الزيادة في البيع
وفي اختيار من يعامله بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما

مع تعذر البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان الماموره واحدا
لان غرضه استعمال رايه في معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل
وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل
وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل
واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول
فذكر البقالي في فتاويه ان الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبي
ايضا لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في حيل
والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني لانه هو العاقد والعقد هو السبب للاصل صح
للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغي ان يكون على هذا الخلاف
فيما اذا عقده والاول غايب فاجازه او عقده اجنبي فاجازه الاول ولا
معنى لاشتراط حضرته والتوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق
الثاني بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول
دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه قال وان زوج
عبد او مكاتب او كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع مالها او اشترى لها
لم يجز عليها لانه لا ولاية لهولاء الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف
يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المومنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة
للعبد اصلا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية
فلا بد من تفويضها الى القادر لتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة
والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق
في ذلك بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما المرتد فان ولايته على
اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها تنبني على النظر والنظر يحصل
باتفاق

باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال
فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه
واذا مات او قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل
تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك
لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز
له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق ص
الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف على البلوغ اذ لا مجيز
لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له مجيز في الحال وهو
الولي او القاضي فيتوقف فان اسلم نفذت وصح النكاح والا
بطل وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لانها تنبني على الملك وملكه
قائم ثابت في امواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة
والتقاضي لا يملك القبض وهذا قول زفر وقال علماؤنا الثلثة يملك
القبض عينا كان او دينا لان الوكيل بالشي وكيل باتمامه واتمامهما
يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد
ذلك والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض
قطعا لمادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفا اذ هي غير
مقصودة لذاتها والوكيل بالشي يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي
الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في اصل اللغة القبض
لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني اي اخذت
والعرف املك فكان اولى لان الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة
مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض
ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق

ويختار في التوكيل بها من هو الذ الناس خصومة واكثرهم مكرا وخيانة
واقلهم دينا وحيا ويختار في القبض من هو اوفى الناس امانة واكثرهم ورعا
فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه والتوكيل بالخصومة لا يدل على
الرضى بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة
غير القبض فالتوكيل بها لا يملك المطالبة لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول
زفر ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال الناس وكثرة الخيانات
في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين العين والدين لان المعنى لا يختلف فيهما
قال وبقبض الدين يملك الخصومة اي الوكيل بقبض الدين يملك
الخصومة حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل
وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه
لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها اذ ليس كل من يؤتمن
على المال يهتدي الى الحيل قال وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد
على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب
وكذا الطلاق والعتاق اي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو
اقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه العين لم تقبل
بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب
وكذا لو اقامت المراة البينة على الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلثا
او اقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد اعتقه لا تقبل
في حق وقوع الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما
حتى يتوقف الامر الى ان يحضر الغائب وهذا بالاجماع استحسانا
والاصل يحسن لهذه المسائل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه
لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويكون حصوله

بلا

بلا خصومة بان لا يجد ذو اليد ملكه ولا حاجة الى جعله وكيلا
في غيرها وكل بيع لان الامر بالشيء انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل
اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بما يملك كان وكيلا بالخصومة
لان التملك انشاء التصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه لا يملكه
التحصيل الا بها والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا
قال ابو يوسف ومحمد الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه
حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للاخر ان يشاركه
فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له ان ياخذه بلا قضاء ولا رضا
كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض
العين قال ابو حنيفة رحمه الله ان الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان
الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل
بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما
كالوكيل بالشرا والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل
باخذ الشفعة ومسلتنا اشبه باخذ الشفعة فانه خصم قبل
القبض عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ واما
الوكيل بالشرا فانما يصير خصما بعد مباشرة الشرى واما الوكيل
بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم
تتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا
حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف
حتى يحضر الموكل واذا حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعا
لان البينة قامت على شيئين الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق
اليد فحسب فيقبل في حقه فيقصر يده عنه كما اذا اقام الخصم
البينة ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد قال

ولو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا اي اذا اقر عند
غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن
الوكالة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يصح اقراره عند غير
القاضي ايضا وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره عند القاضي ايضا وهو
قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة
والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده ولهذا لا
يملك الابرا والصلح ويصح اذا استثنى الاقرار ولو كان حقيقة الخصومة
مجهولة لما صح استثناوه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو
خصومة عندهما لقصده الانكار ولهذا يختار فيها الاهدى في الاهتدا في
الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد بها كما تتقيد بالمتعين صريحا ولان
فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال الصغير
مع ان ولايتهما اوفر قلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل
وهو الجواب مطلقا دون احدهما عينا اذ لا يجوز له ان ينكر اذا كان خصمه محقا
والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها سببها فذكر السبب
واراد المسبب سائغ او لخروجه مقابلتها او لان الجواب يكون في موضع
يكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار
عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت
مجازا فيتناول الليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل انه يراد به الجواب
مطلقا ان القاضي يامره بالجواب فيقول له اجب خصمك ولا يامره بالخصومة
فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعا ولو حمل على الانكار لا يصح الا
على احد التقديرين وهو ان يكون محقا بالانكار وان كان مبطلا لا يصح وهذا
لان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وانما يملك مطلق
الجواب وهو يتنوع ان كان خصمه محقا او بلا ان كان مبطلا فكذا لا يملك الوكيل

بالانكار

بالانكار عينا فلا يحمل عليه لان في حمله عليه فساده من وجه وفي حمله
على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان اولى لصحته بيقين قطعا بلا
احتمال الفساد ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه يكون
توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذا لا يصح التوكيل به فلا
يلزمنا وعن محمد انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقا بالانكار فيملكه وتنصيصه
عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الاطلاق
يحمل على مطلق الجواب وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه
من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان
يوكل بشي دون شي على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك
التوكيل بما فيه من اضرار بالطالب ولان الطالب يثبت حقه بالبينة
او بنكول الموكل لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثنا الانكار في حقه
وفي ظاهر الرواية يصح استثنا الانكار منهما لما ذكرنا ولان الانكار
حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم الوكيل
يقول ان الوكيل قائم مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي
فكذا اقرار من قام مقامه وهذا لان الشي انما يختص بمجلس القضا اذا لم
يكن موجبا الا بانضمام القضا اليه كالبينة والنكول فاما الاقرار
فموجب بنفسه فلا يختص بمجلس القضا بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما
مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن
وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقراره خير لهم وهما يقولان المراد
بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من
حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا في غيره
فاذا اقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا ولا ينفذ على الموكل لكن يخرج
به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بانه ليس له

سف

فيكون الوكيل مختصا [illegible] مقام الموكل في مجلس الحكم صح

ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي
اذا اقر بمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو
استثنى الاقرار صح اقراره وكذا الكتابة ولا يصير الموكل مقرا بالتوكيل
بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره
لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت
فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فورث شبهة في درء ما يدرئ بالشبهات
قال وبطل توكيله الكفيل بمال معناه اذا كان لرجل دين
على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من
الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل
لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في
براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة
لكونه امينا ولو صححناها وجب ان لا يقبل قوله لكونه متهما
فيه بابرائه نفسه فصار نظير من اعتق عبده المديون حتى لزمه ضمان
قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين
للغرماء فانه لا يصح لما ذكرنا فكذا هذا فان قيل الدائن
اذا وكل المديون بابرائه نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا
لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس
بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك واذا ابطلنا الوكالة
فلو قبضه من المديون وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو
ابراه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو
كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فاجازه لم يجز لما
ذكرنا ولا يقال ينبغي ان تصح الكفالة وتبطل الوكالة كعكسه
فانه لو وكل بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وابطلت

الوكالة لانا نقول الكفالة اقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة
لها بخلاف العكس ويجوز ان يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة
لان الواحد يقوم بهما قال ومن ادعى انه وكيل الغائب
بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان
ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا
بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الطالب
لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره ويثبت الوكالة به ولم
يثبت الايفاء بمجرد دعواه ولا يؤخر حقه كما لو كان الموكل
حاضرا وادعى ذلك كان له ان يتبع رب المال ويستحلفه ولا
يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين
لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على
العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون
النيابة وفي المسألة نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين
توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه
رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك
فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل
بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستق اض
لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول
ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض
من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني اليك وقال اقرضني
فصح ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة
هكذا ذكر في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجوا ب
غير مخلص على قول ابي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم

قال فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين
ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل كقبض
الموكل فتبرا ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه
لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا
يكون قولهما حجة عليه فعليه ان ياخذ منه الدين ثانيا ان لم تجز
استيفاءه قال ويرجع به على الوكيل لو كان قائما اي يرجع
الغريم بما قبضه الوكيل ان كان ما في يده لانه ملكه وانقطع حق
الطالب عنه ولم يتم الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال
وان ضاع لا اي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم
باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما الطالب ظالمه باخذه منه
ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا
وله الف اخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف العين
نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال
حياته فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائه
ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظالمه في الرجوع
عليه وظالمه هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي
انه لا يرجع لان الغريم زعم انه برئ عن جميع الالف لان الابن الجاحد
ظالمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين
الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين
لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه
الاخر واخذ منه خمسمائه لم يسلم له البراءة الا عن خمسمائه فبقيت
خمسمائه دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ ما اصابه
بالارث حتى يستوفي لان الدين يقدم على الارث قال الا اذا ضمنه

عند

عند الدفع اي الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على
الوكيل لان الضمان يوجب ويجوز في قوله ضمنه بالتشديد والتخفيف
فمعنى التشديد ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان يضمن
الوكيل المال الذي اخذه منه وصورة هذا الضمان ان يقول الغريم
للوكيل نعم انت وكيله لكن لا امن ان يجحد الوكالة وياخذ مني ثانيا
ويصير ذلك دينا عليه لانه اخذه مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذه
مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه
مضاف الى سبب الوجوب وهو قوله ما غصبك فلان فعلي
او ما ذاب لك علي لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب واما ما اخذه عليه
الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده لتصادقهما على انه
وكيل والامانات لا يجوز بها الكفالة على ما سياتي في موضعه قال
او لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه اي يضمن الغريم
الوكيل في هذه الصورة ايضا لانه دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا
ولم يرض بقبضه الا ليقضي دينه محصلا لبراءة ذمته فاذا لم يحصل
وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين ان كذبه صريحا او سكت
لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه انه قبض
لغير حق وان قبضه يوجب الضمان وكذا ان لم يصدقه ولم
يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه
كلها قبل ان يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب اما اذا
صدقه فظاهر لانهما تصادقا ان ظاهر الاخذ حق واما اذا لم يصدقه
فلاحتمال انه وكيله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان ياخذه
مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه
ما لم يقع الياس منه الا ترى انه اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة

[illegible] قه

لم يملك استرداده لاحتمال الاجازة ولذا لو اقام الغريم البينة انه ليس
بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد
ولو اراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان ذلك يبتني على دعوى
صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب ولو
اقام الغريم البينة ان الطالب جحد الوكالة واخذ مني المال
تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب
انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه
فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض
الموكل فينتقض يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وان لم
يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل
القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته ويبرى ذمته ولو اراد ان
يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم ان يسترد من
الوكيل ما دفعه اليه لما ادى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه
او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه
او وهبه له وهو قائم في يد الوكيل اخذه منه في الوجوه كلها لانه ملكه
وان كان هالكا ضمنه الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة
وان انكر الغريم الوكالة واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم
ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضي عليه
بالمال للوكيل وعن ابي حنيفة انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على
انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه
فاذا انكر يحلف قال ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير ولا يصح لما فيه
من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين

فصدقه

فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر على نفسه اذ الديون
تقضى بامثالها لا باعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده
بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل
المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا
هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة
يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع
انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له ان يرجع
على الوكيل لان في زعمه ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو
مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع
له على الصفة التي ذكرنا فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير
تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها
في الصور كلها لانه ملكها باداء الضمان ولو اراد ان يستردها منه
بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته
قال وكذا لو ادعى الشرا وصدقه يعني لو ادعى رجل شرا الود بعد
وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول
قال ولو ادعى ان المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع
اليه لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفع اليه
ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم يدع وارثا وانه اوصى له
بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر
بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا نزل منزلة
الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم
لاحتمال ان يكون له وارث اخر ولو لم يعترف من في يده المال بل انكر
موته او قال لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم

بسبب قتل لم يترك وارثا لم يكن صاحب الدين خصما في تمامه في
التحرير ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى له وصدقه
ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان
المال عينا في يد المقر له لانه اقراره ومثل صاحب المال بقبض الوديعة
او الغصب بعد موته ولا يصح اقراره وكالة حال حياته
بقبض العين وان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق
ويؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضا في حال حياته
كما لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المديون يجبر
على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكل بقبض الوديعة وعلى قول
محمد الاخير وهو قول ابي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه
وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على
الغائب من وجه ودعوى البراة لنفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع
الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع اليه لصحة امر الميت
بذلك حتى لو حضر الوارث وصادقه لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع
الغريم فيؤدي الى ان يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر
بالوكالة حال حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له ان يتبعه
بدينه لان امر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال
مات وكله بقبض مال فادعى الغريم ان رب المال اخذه دفع المال اي رجل
وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال
اخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان الوكالة تثبت بقوله اخذه
رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفا وفي ضمن دعواه اقرار
بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين
لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال اوفيتك فانه

يكون

يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا تثبت الوكالة في زعمه ولم يثبت
الايفا بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة صريحا
على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لا يعلم ان الموكل
استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا يجري فيها النيابة على ما بينا
من قبل وفيه خلاف زفر قال واتبع رب المال واستحلفه
اي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته
والطالب لو اقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد
بيناه من قبل قال وان وكله بعيب في امة وادعى البائع
رضى المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري اي وكله برد
جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا
يرد على البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسالة الدين لان التدارك
ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله
ولا يمكن ذلك في العيب لان القضا بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند
ابي حنيفة فيصح القضا ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه
لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضا وفي مسالة الدين ليس فيه قضا وانما فيه
الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم
من غير نقض القضا ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقق
الموجب فلا يمنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه
ولا كذلك العيب لانه لم يتيقن بثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال
انه راى العيب ورضي به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد
اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد يجب ان لا يفرق بين المسالتين
بل يردونهما للحال لان القضا بالخطا لا ينفذ الا ظاهرا عندهما
فامكن التدارك فيهما للحال لان القضا وقيل الاصح عند ابي يوسف

ان يوجر في الفصلين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد بالعيب
على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب
وان لم يدع البائع الرضى فلا بد من حضور المشتري وحلفه
قال ـــ ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان والقياس
ان يكون متبرعا لانه خالف من حيث انه رد العشرة على الموكل وجه
الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان الانفاق لا يكون
بدون الشرا ويجوز ان الوكيل به يوكلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد
من مال نفسه ثم يرجع به على الامر وهذا لانه لا يستصحب
دراهم الامر في كل مكان وينفق له ما امره به من غير قصد
فيشتريه له ويحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا
تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور وقيل القياس
والاستحسان في قضا الدين لانه ليس في معنى الشرا ففي القياس يكون
متبرعا لان من كان يقضيه بالمال المدفوع اليه فهي دفع مال اخر هو
للاجنبي فيكون متبرعا في القضا من مال نفسه ويرد على المطلوب
ما اخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه وجه
الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراة وقد حصلت ولا
فرق في ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل
قد يبتلى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان
يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ مال الامر فكان هذا توكيلا بالمبادلة
من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه

باب عزل الوكيل

اعلم ان للموكل
عزل الوكيل عن الوكالة متى شا الا اذا تعلق بها حق الغير الا
اذا

اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس من الطالب
عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الوكالة لانه انما خلى
سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه متى شا فلو جاز عزله
لتضرر به الطالب عند اختفا المطلوب لما فيه من ابطال حقه
فصارت كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا
او كانت الوكالة من غير التماس الطالب وكانت من جهته لتمكنه
من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة
في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب
وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك
الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق
زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشي بل له عزله في الصحيح
لان المراة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل
كلما عزلتك فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة
له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب الكفاية
عندي انه يملك عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى
المعلق والمنفذ لانا لو لم نجوز ذلك ادى ذلك الى تغيير حكم الشرع
بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشي لان في عزله
وتوكيله من غير فصل تشاغلا بما لا الى نهاية وليس فيه وكالة تمنع
ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا
الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضي
او السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا ينعقد
الوكالة بعد العزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة

لأن ما لا يكون لازماً يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال ــــ وتبطل
الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل وقال الشافعي ينعزل بعزله وإن لم يبلغه
العزل لأنه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد
بإسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون
ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب
ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى إذا نزل الناسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ
المكلف ولأن في العزل قبل العلم إضراراً به لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه
فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً بخلاف الإعتاق والطلاق والعزل العلم
الحكمي لأنه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك
الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى لو أن المرسل في البيع أو
غيره عزله قبل التبليغ انعزل لأنه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها
فيكون عزله رجوعاً عن الإيجاب وله ذلك قبل القبول كما إذا كان المشتري
أوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعقد بعبارة نفسه وإن كانت
الحقوق لا ترجع إليه إذا كان سفيراً ومعبراً كما في النكاح وأمثاله وليس بناقل
عبارة المرسل ولا يعتبر التوكيل فيه إيجاباً وإنما الإيجاب من الوكيل
فلا ينعزل حتى يبلغه لأنه صار أصلاً في حق العبارة وإن لم يكن أصلاً في حق
الحقوق والرسول ليس بأصل في شيء منها فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد
أو العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة
لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال
لم أوكله لم يكن ذلك عزلاً قال ــــ وموت أحدهما وجنونه مطبقاً ولحوقه
مرتداً يعني تبطل بهذه الأشياء أيضاً لأن الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه
حكم الابتداء فيشترط لقيام الأمر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط
في الجنون أن يكون مطبقاً أي مستوعباً من قولهم أطبق الغيم السماء أي استوعبها
لأن

لأن كثيره كالموت وقليله كالإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف
لأنه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه يسقط به
الصلوات وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لأنه يسقط
به جميع العبادات حتى الزكاة لأن استمراره حولاً مع اختلاف
فصوله آية استحكامه أما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا
يكون في معنى الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتداً أن يحكم الحاكم
بلحاقه لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم فإذا حكم به بطلت الوكالة
بالإجماع وأما قبل ذلك فموقوفة عند أبي حنيفة لأن تصرفاته موقوفة
عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذت وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت
وأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا إذا كانت الوكالة
غير لازمة وإن كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما إذا كانت
الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا إذا جعل أمر امرأته بيدها
ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لأنه قد ملكها التصرف فصار كتمليك
العين وإن كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لأنه بالردة خرج من أن يكون
مالكاً للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضاً لا تعود بالإسلام ذكره
في النهاية وعزاه إلى المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق
بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضاً
لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها
إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فإن ذلك باطل لأنها لا تملك
أن تزوج نفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلاً في حال ردتها
فزوجها بعد ما أسلمت صح كالمعتدة إذا وكلت بأن يزوجها فزوجها
بعد انقضاء عدتها بخلاف ما إذا وكلته قبل الارتداد ثم ارتدت وأسلمت
حيث لا يجوز أن يزوجها لأن ارتدادها إخراج له عن الوكالة قال ــــ

وكلت في حال الردة أو العدة

معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد
مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد
ولا يعود وكيلا عند ابي يوسف لان قضا القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا
لا يعود ملكه في مدبريه وامهات اولاده ويعتقون به كما يعتقون بالموت
وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان الاصل التصرف عليه
باهليته وولاية التنفيذ لان الاصل التصرف بالملك وباللحاق
لحق بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه قول محمد رحمه الله ان
الوكيل يتصرف بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين
الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا
لبقا تلك المعاني وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة
الصالحة وهذا لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد
لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال
فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال صار كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته
بمنزلة ما لو اغمي عليه زمانا ثم افاق وان كان العايد مسلما هو الموكل
لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل
لانه اذا عاد عاد ملكه على مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم
ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان الوكالة
تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة
على البتات بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد
تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه للعجز وقد زال فتعود الوكالة
كما كانت قال وافتراق الشريكين اي يبطل الوكالة بافتراق
الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمي والعزل الحكمي
لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان ينعزل
كل

كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنتها عقد الشركة لان كل واحد
منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة
التي تضمنتها عقد الشركة لانها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها بها
اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث انه لا يصح ان ينفرد
احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل
قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون علمه ويمكن ان يحمل على ما
اذا هلك المالان او احدهما قبل الشرا فان الشركة تبطل به ويبطل
الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم
يكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة والثاني نحي
ان احد الشريكين او كلاهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف
فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن
في التوكيل قال وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو ماذونا معناه لو كان
الموكل مكاتبا او عبدا ماذونا له في التجارة فينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر
العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقا الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير
لازمة لان العقود التي لا يلزم لبقائها حكم الابتدا فيشترط في حالة البقا
قيام الامر كما في الابتدا وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي
فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا تصرف الموكل في الشي
الذي وكل به هذا اذا كان وكيلا في العقود والخصومات واما
الوكيل في قضا الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر الماذون ون
له لان العجز او الحجر يوجب الحجر عليه من انشا التصرف فيخرج وكيله
عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضا الدين واقتضائه فلا يوجب
عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك او اذن للمحجور لم تعد الوكالة
التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل

وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالشك به [illegible]
والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل
لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا الا
ترى ان المولى لا يملك تخصيصه عن ذلك مع بقاء الاذن فلا ينفذ فعله
الحكمي فيه قال ___ وتصرفه بنفسه اي يبطل الوكالة تصرف الموكل
بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال
به مثل ان يوكله ببيع عبده ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه وان
لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى لو وكله
بطلاق امراته فطلقها هو ثلثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة
لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق
عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما تمكن من الايقاع
بعده بسبب حديث ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض
عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امراة فتزوجها
بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له ان يزوجها
من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امراته ثم ارتد الزوج وطلق الوكيل
يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء محل الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب
فكذلك [illegible] ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل
عن الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف
ما اذا وكله ان يطلقها ثم طلقها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت
في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل
فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله ايضا قادرا على

الانتفاع

الانتفاع فيبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه
الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا بخيار رؤية او خيار شرط او عيب
بقضاء او لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد
اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب
بغير قضاء او اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل
ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما
اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله
ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل فرد عليه كذلك ولو وكله
بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان يهبه لان الواهب
مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة
ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا
لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا
تقتضي مباشرة البيع لان الوكيل بالبيع بعدما باع تولى حقوق العقد
وتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة قائمة جاز له ان
يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تقتضي مباشرة الهبة حتى لا يملك
الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه
العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع
عبده فاسره العدو وادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان
اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن او بالقيمة
ممن وقع في سهمه من الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا الطريق
عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة فاذا عادت الوكالة
ولو وكله [illegible] فاعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى
ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد

لهب

عادهم

غير الاول بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امراة معينة وهي
ذات زوج فمات زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان يزوجها
من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جايزة
ولو وكله ان يزوجه امراة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم اسرت
واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه اياها عند ابي حنيفة خلافا لهما
بنا على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده
بل له ان يزوجه الامة ولو وكله بالبيع رهنه الموكل واجره فسلمه
فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يخرج
عن الوكالة

كتاب الدعوى قال

هي اضافة الشي الى نفسه حالة المنازعة اي الدعوى ان يدعو الشي الى بلغ
نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه السلم البينة
على المدعي واليمين على من انكر لان كل واحد من البينة واليمين يحتاج اليه
عند اضافة الشي الى نفسه اذا كان ثم منازع وهي في اللغة عبارة عن
اضافة الشي الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة ماخوذ
من قولهم ادعا فلان شيا اذا اضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة
النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المادبة وقيل الدعوى في اللغة
قول يقصد به الانسان ايجاب الشي على الغير الا ان اسم المدعي يتناول
من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا
قبل اقامة البينة وبعدها تسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة
الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للنبي صلى
الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس بمصدر
والفعل ادعا افتعل والمصدر ادعاء افتعال والف دعوى للتانيث
فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل
مدعٍ

مدعٍ والمفعول مدعا عليه والمال مدعا والمدعا به خطا ثم شرط
جواز الدعوى ان يكون في مجلس القاضي ولا تصح في غير مجلسه حتى لا يستحق
على المدعا عليه جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غايب
لا يجاب وان يكون المدعا شيا معلوما ليمكن اثباته بالبينة ويمكن القاضي
من الحكم به حتى لا يجب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على
صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا او نعم واقامة
البينة واليمين اذا انكر قال والمدعي من اذا ترك ترك والمدعا
عليه بخلافه اي لا يترك اذا ترك بل يجبر هذا المعرفة الفرق بينهما وهي
من اهم ما ينبني عليه مسايل الدعوى وقد اختلف عبارات المشايخ
في حده فمنها ما ذكرنا وهو حد صحيح للوضوح جامعا للمحدود مانعا من دخول
غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعا عليه من
يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتمس غير
الظاهر والمدعا عليه من يتمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على
الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد
هذا الشي ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعا عليه
من يشتمل كلامه على النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا
لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج
اليه وقيل كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد
بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعا عليه وكل من شهد بما في يد غيره لغيره
فهو شاهد وكل من شهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله
في الاصل المدعا عليه هو المنكر والاخر هو المدعي وهذا صحيح غير ان التمييز
بينهما يحتاج الى فقه وحدة ذكاء اذ العبرة للمعنى دون الصورة فانه

المدعى عليه اذا كان المدعا مجهولا او علمه وجوب الجواب عليه [illegible]

قد يوجد الكلام ممن شخص في صورة الدعوى وهو انكار في المعنى
كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب
معنى فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على انه ردها لان اليمين
يكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة
فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين او ابراء الطالب كان
القول للطالب مع انه يدعي شغل ذمته والمدين براءتها لانا نقول لما اتفقا
على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه الايفاء او الابراء
صار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له او نقول ان
المودع امين فيكون القول قوله في وضع الامانة موضعها كما في القاضي
وامينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة او بقاءها قال ولا
يصح الدعوى حتى يذكر شيئا علم جنسه وقدره لان فائدتها الالزام
بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول فلا يصح
ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها
وسببه ووجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب
الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة
البينة ولزوم احضار الشيء المدعى ان لم يكن دينا ولا يتعلق بالدعوى
المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا
دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد
بمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على ان الحضور مستحق
عليه قال وان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط
وذلك بالاشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرحا

حضره

ان صح

حضره الحاكم او بعث امينه قال وان تعذر ذكر قيمتها اي تعذر
احضار المنقولات بان كانت هالكة او غائبة ذكر قيمتها لان عين المدعى
لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانتفائها في المدعى
في هذه الحالة لتصير بها دينا في الذمة وقال ابو الليث يشترط مع ذلك
في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب مني عينا كذا
ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته قال في الكافي
ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله
فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى صاحب
الذخيرة واذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل
اولى لانهم ابعد عن ممارسته قال وان ادعى عقارا ذكر حدوده
لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فيعمل بالتحديد
اذ العقار يعرف به قال ويكتفى بثلثة اي بذكر ثلثة من الحدود
وقال زفر لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر
الثلثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا ان الاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا
غلط في الرابع لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا
ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس
الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحدود في
الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه بها يصير معلوما للقاضي قال
واسماء اصحابها اي ذكر اسماء اصحاب الحدود لان التعريف يحصل
بذلك وذكر انسابهم ليتميزوا عن غيرهم قال ولا بد من ذكر
الجد ان لم يكن مشهورا اي لا بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود
وان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة

وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود به قال وانه
في يده اي وذكر ان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان
العقار في يده فلا بد من اثباته قال ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما
بل ببينة او علم القاضي بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي
والمدعى عليه ان العقار في يد المدعى عليه لان اليد فيه غير مشاهد ولعله
في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فلا بد من
اقامة البينة به او علم القاضي لينتفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول
لان اليد فيه معاينة ولا حاجة الى اشتراط الزيادة قال وانه يطالبه
به اي ذكر للقاضي انه يطالبه بما ادعى المدعي لان القاضي لا يعلم ما ادعاه
حقه عنده فذكره انه طالب ليتبين له ولا بد من البينة عليه لانه لو لم
ينص على الطلب يحسب القاضي انه انما ذكره له على سبيل الحكاية فيزيل
ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه ان يحبسه
لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها
فاذا لم يطلبه اجابه والا فلا لاحتمال ان يكون عنده رهن او وديعة
او اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب
في المنقول ان يقول هو في يده بغير حق قال وان كان دينا ذكر
وصفه وانه يطالبه به لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى فيه
خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل قال فان صحت الدعوى
سأل المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء ان
يستحقه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة
ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه
مجاز وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة لانها ليست
بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء

في حق العمل فتصير حجة يجب العمل بها كسائر الحجج الشرعية قال
فان نكل او اقر او برهن المدعي قضى عليه لوجود الحجة الملزمة للقضاء
قال والا حلف بطلبه اي وان لم يكن للمدعي بينة حلف
المدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه السلام قال للمدعي الك
بينة فقال لا فقال عليه السلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال
عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا له
لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه
على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي
الغموس ان كان كاذبا بزعمه وهو اعظم من اتواء المال والا يحصل
للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم
قال ولا ترد يمين على مدع لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى
الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم لكن اليمين على المدعى
عليه رواه مسلم واحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام
للاستغراق وليس وراءه شيء اخر حتى يكون على المدعي وبطريق قوله
عليه السلام الائمة من قريش وقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الالف واللام ان صلح على
ما نعلم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد
ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعيتم ان لو كان
المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد
منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه ليس لك لانا
نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه
والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج
اول ما ينطق هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر

فسمي كل واحد منهما باول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدي دون
الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى
عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى
له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر بينة كالمدعى عليه
لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا
وعجز عن الاخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه السلم قضى
بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلم قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما
روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه
يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل ولا يبقى حجة بعدما
انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون
معناه قضى بالشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع
بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب
ولئن سلم انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على تعيين المدعي بل يجوز
ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد
لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير
قال ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة فبينة
الخارج اولى وقال الشافعي بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج
لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتاج او على نكاح امراة
والمراة في يد احدهما فانه يكون اولى ولو ادعيا امة وادعى كل واحد
وادعى كل واحد منهما انها امته دبرها او اعتقها او استولدها واقاما
بينة كان بينة صاحب اليد اولى ولنا ان البينات شرعت
للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها اخذت
حكم الاثبات لما انا لا نعلم الا بها اذ الاحكام تثبت باسبابها

وبينة الخارج احق اي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق صح

فصارت

فصارت كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشارع وفي
حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند
الرجوع لان الحكم يضاف الى شهادتهم ايجابا فاذا كان كذلك كان بينة
اكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر
يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لان الملك للخارج
قبل القضا بوجه ما وقد يثبت بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر
يده الا يرى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه له
واذا نازعه احد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم يثبت
ببينته شيئا لم يكن واما بينة الخارج فانها اثبتت شيئا لم يكن ثابتا له
فكانت اولى لان البينات للاثبات بخلاف مسالة النتاج فان بينة
صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على اولية
الملك واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها
لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد
التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك
المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل
القضا حتى تعارضها بينة ذي اليد باليد والترجيح انما يكون عند
التعارض ويتصور فيه ايضا ان يثبت الملك لهما على التعاقب فلم
يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل بخلاف التدبير والاعتاق
والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فان كل واحد من البينتين
ح مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد بخلاف دعوى النكاح
لانها دعوى سبب الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا
وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان ذكر اليد
اولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجي بيانه

في موضعه ان شاء الله ولانه لو ذكر سبب الملك بان ادعا
كل واحد منهما انها امرأته ولم يذكرا السبب كان الحكم كذلك
فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب قد يتعين اذ لا يتكرر هذا الملك
الا انه يكون دعوى الملك فيه دعوى السبب الا ترى انهما لو اطلقا
في ولاء شخص واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه
وهو العتق في ملكه ولان ذا اليد ملحق فيه ولان الخارج هو المدعي
والبينة بينة المدعي بالنص على ما سنا وجهه من الاستغراق فلا تقبل
بينة ذي اليد بالمنكر مدعيا بدعوى السبب قال وقضي
له ان نكل مرة بلا احلف او سكت اي قضي للمدعي ان نكل المدعى عليه
مرة صريحا بقوله لا احلف ودلالة بسكوته ويجوز ان يكون اللام
في قوله وقضي له على اي قضي على المدعى عليه والاول [illegible] على قال بعض خ
الله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اساتم فلها اي فعليها
وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي بنكوله بل يرد اليمين على المدعي اذا نكل
المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما
لما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ولان
اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا
نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل
ان يكون لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او
لاجل الترفع عن الصادقة كما نقل عن عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين
وقال اخاف ان يوافق قضا فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة
مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي
عن علي ايضا انه وافق اجماعهم فانه روي عن شريح ان المنكر طلب منه
رد اليمين على المدعي فقال ليس لك الى ذلك سبيل وقضى بالنكول بين يدي

على

علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناها بالرومية اصبت
وروي عن عمر رضي الله ان امراة ادعت عنده على زوجها
انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت
طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وهذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عبد الله وقيس رضي الله عنه
وهو مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اداء للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع
والاشتباه لان الظاهر انه ياتي بالواجب ولا يترفع عن الصادقة
والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة
ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف
له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي
لما روينا من ان اليمين على المنكر قال وعرض اليمين ثلثا ندبا
اي عرض القاضي اليمين على المدعا عليه ثلث مرات وهو مستحب يقول
له في كل مرة اني اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك
بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفا لاختلاف العلما فيه فان
الشافعي لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه
اذا علم انه لا افة به من طرش وخرس وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار
حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ
والعرض ثلثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب
فكذا هذا مبالغة في الانذار ولا بد ان يكون النكول في مجلس القاضي
لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق
الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضا على فور النكول فيه اختلاف
ثم اذا حلف المدعا عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه

ليس له ان يخاصمه ما لم تقم البينة على وفق دعواه وان وجد بينة
اقامها عليه وقضي له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون
البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين ولا تقبل
بينة المدعي بعد ذلك ثم ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا
تعتبر يمين المنكر بعدها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء
اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان
شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل
يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب
عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه ان كان لفلان على فلان الف
فادعا عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند
ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على
ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل
ولا شيء على المدعى عليه قال ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء
واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان قال القاضي الامام فخر
الدين رحمه الله الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشياء الستة يعني
في هذه الاشياء التي عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول
ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها
الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة
الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه
دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا
يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة ولذا يجوز
في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول ويصح ايجابه
في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب ولذا يجب القصاص

به

به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لما صح ولا
وجب فتعين ان يكون مقرا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار
فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود
واللعان الا ترى انها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي
الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا
لان نكوله يدل على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين
الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة
ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل
هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر انه اعرض عنها
مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه وايثارا للرجوع الى الحق
اذ هو اولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه
فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله انه
بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والاباحة فلا
يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان وفي حمله
على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان اولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس
القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل
رجل لرجل بما يقر له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه
فنكل لا يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو
اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه
في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضى عليه بالرد ثم اراد ان يرد النصف
الاخر يحتاج الى الخصومة واستحلاف جديد اذا انكر ولو كان اقرارا
لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم ان اليمين
واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين

يجب عليه اذا طلب تحليفه لينتهي به الخصومة ومع البذل لا
خصومة ولا طلب فلا يجب والمأذون من الجانبين والعبد والصبي
المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما يدخل
الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك
وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع
جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على
القاضي ان يقضي بالنكول بحكم الشرع لما ان المدعي كان له الشيء المدعى
ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع
اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح الحاجة في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي
انه محق وان معنى البذل ترك المنع ولا بذل الا حقيقة فالمال يجب
فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب القصاص به فيما دون
النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله
اذا كان مفيدا الا ترى انه يجوز له قطع يده المستأكلة للفائدة فلذا يجوز
بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فائدة اعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله
عنه عن الصادقة على ما بينا وهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة
ماله وعرضه الى اخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل
صريحا وانما صار بذلا في المعنى على معنى انه ترك منع وان المدعي باخذه
محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسائل يتصور من احد الخصمين
ايهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه لا يتصور ان يكون المدعي
فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام علي البزدوي قولهما
للفتوى على ما ذكره في المختصر واختار المتأخرون من مشايخنا على ان
القاضي ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما وان رآه
مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير ما اختاره شمس الائمة

في الوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت
وقصد الاضرار بالاخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر
الشهيد رحمه الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن
حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر وادعى العبد
انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق
دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عنده هل يقبل بينة
المدعي ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار يقبل بينته وذلك مثل الولد
والوالدين وان لم يثبت باقراره لا يقبل بينته مثل الجد وولد الولد
والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى
مولى الاعلى او الاسفل حيث يقبل وان ادعى انه معتق جده ونحو
ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة بل يجعل في الحكم
كانه هو المعتق ولهذا لا يرث النساء الولاء ولو كان بواسطة لثبت لهن
وكذا يكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له كما في المال وكذا
لو اعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد
والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما
يجعل كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف
وللعشرة النصف نصيب كل سهم وعندهما يثبت بالنكول اذا كان نسبا
يثبت باقراره والا فلا قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن
ولم يقطع لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة
فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب مع النكول
فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين او بالشهادة
على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب بها دون
القطع ويقول في الاستحلاف بالله ما له عليك هذا المال وعن محمد

ان القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له ان
الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه فان قال اريد المال قال له
دع دعوى السرقة وادع المال قال ـــــ والزوج اذا ادعت المراة
طلاقها قبل الوطي فان نكل ضمن نصف المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت
المراة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق لا
سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق
او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا
يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق
بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان حلف ثبت الحق ولا يثبت
النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى
الخلاف الذي ذكرنا قال ـــــ وجاحد القود فان نكل في النفس حبس
حتى يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف جاحد القصاص فان
نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس
يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه الارش فيهما لان
لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه في امتناعه عن اليمين احتمالا
يحتمل الاجل الترفع على ما بينا ولا يجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع
وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا اقام على ذلك رجلا
وامراتين حيث لا يقضى فيه بشي وكذا بالشهادة على الشهادة فيه
لا يقضى بشي لان القصاص سقط فيه العفو من جهة من له فلا يجب شي
وفي النكول المعنى من جهة من عليه فصار الى الارش ونظيره اذا
اقر بالقتل خطا والولي يدعي العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شي
بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامراتين والمسالة
كما يجب بالنكول لان المال فيه اصل ثم يتعدى الى الحد فاذا اقتصر

سقي

سقي الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا
وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
حتى لا يجب قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها
بامره بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في رواية
والدية في اخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها
البذل كالاموال الا انه لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل يفيد
لدفع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا
امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في
القسامة قال ـــــ ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين
لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد مع
ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت
حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس
الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث الذي
رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يدفع به مؤنة المسافة
ويتوسل الى حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها
لا تقبل فيحلفه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة ان
ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما روينا
فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما
اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده
فيكون عاجزا ولانه في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم
اذا اقام البينة بعدما حلف فيحصل زيوفاه قال ـــــ وقيل
لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يضيع حقه بتغيبه
نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان

الحضور واجب عليه اذا طلبه لما بينا حتى يتعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كما يستحلف بمجرد الدعوى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فايدة التكفيل وهذا استحسان والقياس ان لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة ايام يوما يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على الكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره يوخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يوخذ منه كفيل لعدم الفايدة في التكفيل لان الغايب كالهالك من وجه وليس كل غايب ايب ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال فان ابى لازمه اي دار معه حيث سار اي ان ابى ان يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يامر غريمه بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي اي الى ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا ولهذا اذا اخذ منه كفيل لا يوخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطلب الوكيل بالخصومة منه حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه

وكلا

وكلا فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل ايسر وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب قال واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق الا اذا الح الخصم لما روى ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام سمع عمر وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله او ليصمت وكانت قريش تحلف بابائها فقال لا تحلفوا بابائكم رواه احمد ومسلم والنسائي وعن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وانتم صادقون رواه النسائي وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا الح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضي عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لا سيما اذا اقام بينة قال وتغلظ بذكر اوصافه اي تؤكد اليمين بذكر اوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم

من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه لأن أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ
ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله أن يزيد على هذا
إن شاء وله أن ينقص عنه إلا أنه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الأسماء
على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة
ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة
وقد أتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ
عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لأن
المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل قال ـــ لا بزمان ومكان
أي لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا مكان وقال الشافعي رحمه الله إن كانت
اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم تبلغ مائتي مثقال تغلظ بالمكان
فيحلف بين الركن والمقام إن كان بمكة وعند قبر النبي عليه السلام إن
كان في المدينة وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس وفي الجوامع في
غيرها فإن لم يكن ففي المساجد ويكون ذلك يوم الجمعة بعد العصر
ولنا إطلاق قوله عليه السلام واليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان
أو الزمان زيادة على النص وهو نسخ ولأن المقصود تعظيم المقسم به
وهو يحصل بدون ذلك ولأن فيه حرجا على القاضي حيث يكلف
حضورها وهو مدفوع ولأن فيه تأخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولأنه
أحد ما يقطع به الخصومة فلا يختص بها كالبينة قال ـــ ويستحلف
اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله
الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق

النار

النار والوثني بالله لقوله عليه السلام لابن صوريا الأعور اليهودي
أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم
هذا ولأن أهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر
المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر
خلقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد أن الله تعالى
خالقه وإنما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم
من خلق السموات والأرض ليقولن الله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه
لا يحلف أحد إلا بالله تعالى خالصا احترازا عن إشراك غيره في التعظيم
مع الله تعالى وذكر الخصاف أنه لا يحلف غير اليهودي والنصراني
إلا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اليمين
تعظيم لها إلا أن اليمين يتغلظ بذلك ولا ينبغي أن تعظم النار بخلاف التوراة
والإنجيل لأن كتب الله تعالى واجبة التعظيم وما ذكره هنا هو
المذكور في الأصل فإنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم
المسلم الشعائر ولا يعدون لها حقيقة قال ـــ ولا يحلفون
في بيوت عبادتهم لأن فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن حضورها
مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال ـــ ويحلف على
الحاصل أي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده
وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق
ولا يحلف بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله
ما طلقت لأنه قد يفعل الشيء وقد يقع ثم يرتفع برافع كالطلاق والإقالة
والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن محافظة على السبب فيحلف
على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لأنه لو أقر بالسبب
ثم ادعى طريان الرافع لا يقبل منه فيحلف بهذا الطريق كيلا يتضرر فيه

على المدعى لان المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها
لا على نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
يحلف على السبب الا اذا عرّض المدعى عليه بان قال قد يبيع الشيء
ثم يتقايلا ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له لئلا يفوت
حقه وعنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب حلف
عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي
القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه
على الحاصل ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على
السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة
والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم اللحاق
بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او
السيف وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان
يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل ان يدعي المبتوتة النفقة
والزوج لا يراها فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه
على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بناء على اعتقاده
فيبطل حق المدعي قال رحمه الله وان ادعى شفعة بالجوار او
نفقة المبتوتة والمشتري او الزوج لا يراها يحلف على السبب لما ذكرنا
فحاصله ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى الى
الاضرار بالمدعي او كان سببا لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب وعند
ابي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرّض فحينئذ يحلف
على الحاصل كما بينا قال وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه
آخر اي يحلف على العلم لو ورث عبدا وادعاه آخر انه له ولا يحلف
على البتات لان الوارث لا يعلم ما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه

لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب صح

بذلك ضرر

بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال
وعلى البتات لو وهب له او اشتراه يعني يحلف على البتات ان كان
ملكه بالهبة له او بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع
للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه ملك للمملك
له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لان الملك
باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات
فاذا امتنع عما اطلق له يكون باذلا اما الوارث فانه لا اختيار
له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين
على البتات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا يجري فيها النيابة
فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له اصيل بنفسه
فيحلف عليه والاصل فيه ان اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين
على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات الا ترى انه
عليه السلام حلّف اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على
البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم
قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب
فانه اذا ادعى المشتري ان العبد ابق ونحو ذلك واراد المشتري تحليف
البائع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع
ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه
فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على العلم اذا
قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات
الا ترى ان المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات
وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات
لادعائه العلم بذلك ثم كل موضع وجبت اليمين فيه على البتات فحلف على العلم

لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل
موضع وجبت اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط
اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات اكد فيعتبر مطلقا
بخلاف العكس قال ـــ ولو افتدى المنكر يمينه او صالحه منها على
شيء صح ولم يحلف بعده لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعي عليه اربعون
درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت
صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة
وقيل كان له على مقداد سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه
منها اربعة الاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه فلم يحلف ولان في الافتداء
صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه السلام ذبوا
عن اعراضكم باموالكم وقال علي رضي الله عنه اياك وما يقع عند
الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة
وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي ياخذه على انه حقه او عوضا عنه
فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز ان يكون لعقد واحد
جهتان كمن ادعى حرية عبد ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة
في زعم البايع وهو فدا في حق المشتري حتى يعتق العبد وجاء في الصلح
عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي وفداء اليمين وقطع الخصومة
في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفدا لا يكون له
ان يستحلفه بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه حيث لا
يجوز لان الشرا عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي
حقه في اليمين على حاله

باب التحالف

قال ـــ اختلفا
في قدر الثمن او المبيع قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه
بالبينة اذ البينة تبينه كاسمها فبقي في الجانب الاخر مجرد الدعوى

والبينه

والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى يوجب القضا على القاضي
ولا يعارضها مجرد الدعوى قال ـــ وان برهنا فلمثبت الزيادة
اي اذا اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة
فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى في
الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البايع
بعتك هذه الجارية بعبدك وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار
واقاما البينة فبينة البايع اولى لانها تستحق به والاخرى تنفيه
والبينة للاثبات دون النفي قال ـــ وان عجزا ولم يرضيا بدعوى
احدهما تحالفا اي ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله
صاحبه يقال لكل واحد اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا
البيع عليك تحالفا وانما يقول لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة
وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به
اذا علما ذلك قال ـــ وبدئ بيمين المشتري وهو قول محمد وزفر ورواية
اخرى رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا
اذ هو المطالب بالثمن اولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار
وعند نكوله يطالب بالثمن حالا من غير تاخير فيتعجل به فائدة اليمين وهو
الاقرار او البدل عند النكول وبنكول البايع يتاخر الفائدة لان تسليم
المبيع يتاخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان
ما يتعجل به فائدته اولى وعن ابي يوسف انه يبدا بيمين البايع لقوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر فكان ينبغي ان يكتفى
بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع
بينهما في البداية هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع ثمنا بثمن او سلعة بسلعة

بدا القاضي بايهما شا لاستوايهما في فايدة النكول قال وفسخ
القاضي بطلب احدهما لقوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى
بيع بثمن مجهول او بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن او بثمن مجهول فاسد
ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول
بدليل ما ذكر في المبسوط ان وطي الجارية المبيعة حل بعد التحالف قبل
فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل وصفة اليمين ان يحلف البايع
بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه
البايع وذكر في الزيادات انه يحلف بالله ما باعه بالفين ولقد اشتراه
بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان
على ذلك وضعت الا ترى انه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلنا
ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان اليمين يجب على المنكر وهو النافي فيحلف
على هيئة النفي اشعارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البايع
والمشتري لان كل منهما منكر لان البايع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكر ويدعي المشتري زيادة المبيع والبايع ينكر ان كان الخلاف فيهما
وان كان الخلاف في احدهما واحدهما يدعي زيادة البدل والاخر ينكره والمنكر
منهما يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه المبدل والاخر
ينكره فصار مدعيا ومنكرا فيقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا
ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر
وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيا
على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الاخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله
عليه السلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا
قال ومن نكل لزمه دعوى الاخر لانه صار مقرا به او باذلا فلزمه

اذا

اذا اتصل به القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الاخر لانه بدون
اتصال القضا به لا يوجب شيا واما على اعتبار البذل فظاهر واما على
اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده
وهذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان الاختلاف فيهما في البدل مقصودا
واما اذا كان في ضمن شي اخر كما اذا اشترى الرجل من اخر سمنا في زق
وزنه مائة رطل ثم جا بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون
فقال البايع ليس هذا زقي وقال المشتري هو زقك فالقول قول
المشتري سوا سمى لكل رطل ثمنا او لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبوض
وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذا في مقدار
المقبوض وان كان في ضمنه اختلافا في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان
الزق وينقص بزيادته فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر
هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضا
اختلافهما في الزق قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار ر
او في قبض بعض الثمن او بعد هلاك المبيع او بعضه او في بدل الكتابة
او في راس المال بعد الاقالة في السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه اما
الاختلاف في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف ف
في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابرا
ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه لاجـ
حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع
الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك
الاجل لانه ليس بوصف له الا ترى ان الثمن موجود بدونه ولان
مستحقهما مختلف فان الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان
وصفا للثمن لكان حق البايع وقال زفر والشافعي يتحالفان في الاجل

اذا اختلفا في اصله او قدره لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية
الثمن وان المؤجل ينقص من الحال في المالية ولان النص اوجب التحالف
عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق
باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهم
فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كانه قال
اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن تحالفا وقد بينا ان الاجل ليس
بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابه اذ الشي لا يبقى
بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند ابي حنيفة
بانه جعل هنالك القول قول من يدعي الاجل وجعل هنا للمنكر
والفرق انه شرط في السلم وتركه فيه يفسد العقد واقدامهما عليه
يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف
ما نحن فيه لانه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول للنافيه
لان الاجل اجنبي عن العقد ولهذا لو شهد احد الشاهدين انه باعه
بالف الى شهر وشهد الاخر انه باعه بالف ولم يذكر الاجل تقبل
شهادتهما ولو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلث ولم يذكر
الاخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل ولذا اذا اختلفا في اصل
البيع او مكان ايفاء المسلم فيه لا يتحالفان لان احدهما المنفرد في انكار
اصل البيع والاختلاف في مكان الايفاء وقد مر بيانه في البيوع واما
اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على
قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال
لا يقدر رده لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث

الآخر

الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة ادنى منهما كانه يقول والله
اعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه يمكن تمييز الصادق من الكاذب ب
اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد
الهلاك فاذا كان يجري التحالف فيها مع امكان المعرفة فاولى ان
يجري عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد
الذي يدعيه صاحبه اذ البيع بالالف غير البيع بالفين الا يرى ان الشاهدين
في البيع اذا اختلفا في قدر الثمن لا يقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب
في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى احدهما البيع والآخر الهبة
او كان البيع مقايضة فهلك احد البدلين او اختلفا في جنس الثمن
وفي التحالف فائدة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشتري
او سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكوله ولابي حنيفة
وابي يوسف قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
تحالفا وترادا شرط ان تكون السلعة قائمة وما رويناه من المطلق محمول
عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد يكون في القائم دون الهالك
ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي لهما عن النبي عليه السلام واحدا
بالاجماع ويحال ترك الراوي عن النبي عليه السلام القيد الى غفلته وقلة
ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي عليه السلام حيث يترك
كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم يلزم الاطلاق والتقييد في حكم
واحد ومحل واحد وهاهنا الحديثان جميعا يرويهما ابن مسعود عن النبي
عليه السلام فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا والتحالف بعد القبض على خلاف
القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة
لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى راس ماله ولا يدعي
المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بيناه ولانه بالتحالف

بفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط
قيامه في العقد ولهذا لا تجوز الإقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه
ولا معنى لقولهما إن كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الآخر فإن
العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد ألا ترى أن الوكيل
بالبيع بألف يبيعه بألفين وإن البيع بألف يتصور بألفين بالزيادة في الثمن
ويحتمل الحط ولهذا لا تقبل شهادتهما إذا اختلفا في القدر مع اتحاد
الجنس لأن المدعى أحدهما لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس
الثمن لأن البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء
بالدراهم والبائع ينكر وإنكاره صحيح وكذا دعواه لأن المبيع لا يسلم له إلا
بثمن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على
ألف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ
بعد التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما لو ادعى أحدهما هبة والآخر بيعا
لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع
قائما ببقاء المعقود عليه ولهذا تجوز الإقالة فيه ويرد بالعيب وإذا كان
قائما رده ورد الآخر مثل الهالك إن كان من ذوات الأمثال أو القيمة
ولا نسلم أن في التحالف هنا فائدة لأن المقصود في الفسخ أن يسلم لكل واحد
منهما العوض ويرجع إليه عين ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم
المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن إذا لم ينفسخ فلا يعتد باختلاف
سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقر بألف من ثمن متاع فقال
المقر له هي غصب فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتحاد الحكم بخلاف ما إذا قال
بعتني هذه الجارية فأنكر وقال ما بعتكها ولكن زوجتكها فإنه لا يجوز
له أن يطأها لاختلاف الحكم فإن حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية
وكذا لا يرجع إلى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا

يكون

المبيع صح

يعني هذه الجارية قال زوجتكها

١١٦

يكون في الفسخ فائدة لأن ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد
عليه العقد إلى صاحبه لا أي فائدة كانت ولما اختلفا بعد
هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وصورته أنه باع
عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن
قال القدوري فيها لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة
الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا أن يشاء
البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له وقال قاضي خان وذكر في الأصل إلا
أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وقال
أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك
ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد
فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض أولى أن لا يمنع ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك
فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف بعد القبض ثبت
بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة
اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها ولأنه لا يمكن التحالف في
القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتها
والقيمة تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز
إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فحينئذ يكون الثمن كله
بمقابلة الحي ويخرج الهالك عن العقد فيكون كأن العقد وقع على هذا
فيتحالفان فإن حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك
ولا من قيمته شيئا وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر ولفظ المبسوط يدل
على هذا لأن المستثنى منه عدم التحالف لأن المذكور قبل الاستثناء

كل صح

ك

قوله لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير يدل على انهما لا يتحالفان وان لا
يحلف المشتري وحده لان المستثنى منه يمين المشتري ومعناه ان البائع
لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا ان هذا الاستثنا الى ماذا
ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري ومعناه
ان البائع يأخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة لا
ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد اخر وصار تقدير ما قال
في الكتاب على قول هولاء لا يتحالفان عند ابي حنيفة ويكون القول قول
المشتري مع يمينه الا ان يأخذ الحي ولا يأخذ شيئا اخر فحينئذ لا
يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده هذا لا يقوى
لان الاخذ معلق بمشية البائع ولو كان اخذ الحي بطريق الصلح لكان معلقا
بمشيتهما قال الراجي عفو ربه ليس في هذا الاخذ فايدة له ايضا ولا حتمالها
فلا يصار اليه لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل تعالى الله ليس من
الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على ان الاستثنا منصرف الى التحالف
وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هولا لا يتحالفان عند ابي حنيفة
الا ان يشا البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ يتحالفان
لان المذكور قبل الاستثنا التحالف دون يمين المشتري فكان صرف الاستثنا
الى المذكور اولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى يمين المشتري على معنى
ان البائع اذا رضي ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ
لا يحلف المشتري لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان
ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ
الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح
هو ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا يترك
من ثمن الهالك كله وانما يترك الزائد على ما يقر به المشتري ومعنى

قوله

لان البائع اذا ترك العوض عن دعوى الزيادة لا يعني [illegible]

قوله لا يأخذ شيئا اي لا يأخذ من الزيادة التي يدعيها شيئا وعلى هذا
التقدير يكون الاستثنا منصرفا الى يمين المشتري ومن اصحابنا من
قال ينصرف الاستثنا الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من التحالف
وهو الهالك قد زال بخروجه من ان يكون مبيعا فصار كان المبيع
هو الحي وحده او برضاه بما اقر به المشتري من ثمن الهالك فلم يبق
الاختلاف بينهما الا في ثمن الحي فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى
صاحبه ثم تفسير التحالف على قول محمد ظاهر لان الهلاك عنده لا يؤثر فصار كانهما
حيان واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فقال بعضهم يتحالفان
على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا
يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم
بالف يكون صادقا لان من اشترى شيئين بالفي درهم ثم حلف انه ما
اشترى احدهما بالف كان صادقا فلم يشرع الحلف فلم يفد التحالف
فايدته والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بالفين فان نكل لزمه
دعوى الاخر وان حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بالف فان نكل لزمه دعوى
المشتري وان حلف فسخ العقد بينهما في القائم وسقط حصته من الثمن
ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري فانه يقسم
على قيمتهما يوم القبض فما اصاب الحي سقط وما اصاب الهالك لزم المشتري
وان اختلفا في قيمة الهالك فان اقام احدهما بينة يقبل بينته وان اقاما البينة
فبينة البائع اولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة كان القول
قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري
يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك
فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في الاصل في رجل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد احدهما بعيب وهلك الاخر عند المشتري يسقط

عنه ثمن ما رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده ويقسم الثمن على قدر
قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك واقام احدهما بينة تقبل بينته
وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا وان لم تكن لهما
بينة كان القول قول البائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه ان قيمة الهالك اقل والبائع
ينكر فكان القول له ايضا وهذا لفقه وهو ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة
لانها توجه على احد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الامر
عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول له وفي البينات يعتبر الظاهر
لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع
مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجحت بالزيادة الظاهرة وعند
وعند ابي حنيفة وقال لا يتحالفان الا ان البائع اذا رضي ان يترك حصة
الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف
هذا اذا احدا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان
بالاتفاق وكذا لو رد احدهما بالعيب لان الحال يعود الى ما قبله فلا
يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع فعلم بهذا ان التعليل بان المسلم
اسم لجميعه غير سديد واما اختلافهما في بدل الكتابة فالمذكور هنا
قول ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي
لان الكتابة عقد معاوضة يقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على
الاخر لان المولى يدعي بدلا زائدا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق
العتق على المولى عند اداء ما يقربه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا
اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدى اليه ولابي حنيفة
ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد
للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان التحالف
بعد

بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان ويكون القول
قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء
وقبله لا يقابله اصلا حتى يقال بعد انه اختلاف قبل القبض وهذا
نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستاجرة عند العقد ثم
تنتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست في معنى
البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبني على التضييق
والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة
لا تقبل الفسخ بعد التمام ولا تكون في معناه فلا يتحالفان يوضحه ان البيع
لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل احدهما
لزمه دعوى الاخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا
يلزمه شيء لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا
تجوز الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا لان الحاصل للمولى من
وجه ولا تكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى
والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان اقام احدهما بينة تقبل بينته
لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت
الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية
لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار
نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا
يمتنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل
الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد الثبوت ويجب عليه البدل واما اذا
اختلفا في راس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب السلم ليس بيع
بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة

بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة
الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم
ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى راس
ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والتحالف
في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة في السلم لان الاقالة الخ
بعد نفادها لا يحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ الاخرى لانهما لو قالا
نقضنا الاقالة لا ينتقض وكذا لو كان راس المال عرضا فقبضه المسلم اليه
ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود
السلم فلذا بالتحالف لا ينتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع
حيث ينتقض بهذه النواقض والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة
فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل
العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشتري قال
وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا
قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع
الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما ان كل واحد منهما مدع
ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى
قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يتحالفان
لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال وان اختلفا في المهر
قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بها وهي حاسمها مبينة
قال وان برهنا فللمراة اي اذا اقاما البينة كانت بينة المراة
اولى لانها تثبت الزيادة والبينات للاثبات فكانت اولى هذا
اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما ادعى الزوج او اقل
لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف الظاهر فكانت

اولى

اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه او اكثر
كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر
والبينات للاثبات على ما سبق وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا
له بان كان اقل مما ادعته المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح
انهما يتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته
تثبت الحط فلا يكون احداهما اولى من الاخرى قال وان
عجزا اي عن اقامة البينة تحالفا ولم يفسخ النكاح لان يمين كل واحد
منهما ينفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية
وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال
بل يحكم بمهر المثل فقضي بقوله لو كان كما قال او اقل وبقولها لو كان
كما قالت او اكثر وبه لو بينهما اي بين ما قالته هي وبين ما قاله هو لانه
لما انتفى بينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضي بقول من
يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان اقل مما ادعت
واكثر مما اقر به هو قضي بذلك وهذا تخريج الكرخي رحمه الله وتخريج
الرازي خلاف ذلك فانه يبدا بالتحالف ولا يحكم القول لمن يشهد له
الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بان كان بينهما
تحالفا ويبدا بيمين الزوج ليتعجل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح
ان م وعند ابي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي
بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح قال ولو اختلفا في الاجارة
قبل الاستيفاء تحالفا يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل
قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما
مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما يحتملان الفسخ

وهما عقد معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة
معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم
يجري التحالف كما في السلم ولان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة
في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة ثم ان كان الاختلاف في الاجرة
بدئ بيمين المستاجر وان وقع في المنفعة بدئ بيمين الموجر وايهما نكل
لزمه دعوى الاخر وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة
الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة
فبينة المستاجر اولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة الموجر اولى في الاجرة
وبينة المستاجر اولى في المنفعة لان البينة للاثبات فما كان اكثر اثباتا
كان اولى قال وبعده لا والقول قول المستاجر اي ان اختلفا
بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستاجر مع يمينه لان
فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها فامتنع
التحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا عنده لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لما ان له
قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد
فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد
فيتبين انه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستاجر لانه هو
المنكر قال والبعض معتبر بالكل معناه اذا استوفى بعض
المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في
المستوفى ويكون القول فيه قول المستاجر كما لو استوفى الكل ويجري
التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف الكل ويجري
شيئا وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على اصله في هلاك بعض المبيع قال
التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذا هنا وهما خالفا اصلهما

في المبيع

كلامه فيما اذا هلك بعض المبيع حيث ينفسخ البيع في الهالك فيرجع

في المبيع والفرق لمحمد ما ساواه في استيفاء الكل من ان المنافع
لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن التحالف
شيء والفرق لابي حنيفة ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة
فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع
كالمعقود عليه عقدا مبتدا على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف
في الماضي تعذره فيما بقي لدخولهما في حكم عقدين مختلفين بخلاف الهالك فيه
عنده في البيع لانه عقد واحد فاذا امتنع في الكل ضرورة كي لا يؤدي
الى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا من قبل قال وان
اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما
يصلح له لان الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح
قائما بينهما او لم يكن قائما وما يصلح للرجل العمامة والقبا والقلنسوة
والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع
الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا وما يصلح للمراة
الخمار والدرع والاساور وخواتيم النسا والحلي والخلخال
وامثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا الا اذا
كان الزوج يبيع هذه الاشيا فلا يكون القول قولها لتعارض
الظاهرين وكذا اذا كانت المراة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون
القول قولها في ذلك قال وما يصلح لهما اي اذا اختلفا
فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول
لصاحب اليد في الدعاوي بخلاف ما يختص بالمراة لان ظاهر يقابله
ظاهر اخر من جهتها فيتعارضان فيرجح باستعمال من جهتها والذي
يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود

قال فان مات احدهما فللحي اي اذا مات احد الزوجين
واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده من المتاع
ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما
ولا يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت ويقوم ورثته مقامه فيه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وحاصله ابو يوسف رحمه الله في المشكل
وقال يدفع الى المراة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج
مع يمينه وللورثة بعد موته وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة ان ما
يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا
لا يختلف بين ان يكون في حياتهما او بعد موت احدهما فحاصله
انهم اتفقوا ان ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت
حتى يقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو حنيفة جعله
للزوج في حال حياتهما وللباقي منهما بعد موت احدهما ومحمد جعله
للزوج في الحالين وابو يوسف جعل منه للمراة قدر ما يجهز به
مثلها في الحالين لانها تاتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها
وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي
فيعتبر ولهما في الاستواء بين الحالين ان الورثة يقومون مقام الميت
لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير
المشكل ولابي حنيفة ان يد الباقي منهما اسبق الى المتاع لان الوارث
يثبت يده بعد موت المورث فيترجح به الا ترى كيف يترجح بالصلاحية
للاستعمال على ما بينا بل اولى لان اليد رجحان ناطق فاحرى ان يرجح
به في غير هذا الباب كما في الصلاحية ولان يد الباقي منهما يد
نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر
المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قال ابو حنيفة وعند مالك المتاع
كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لانهما استويا في سبب

لا لاستحقاق

لا لاستحقاق احدهما شاهد ان في بيت واحد والبيت مع ما فيه
في ايديهما ولا معتبر بالشبه في الخصومات الا ترى ان سلافا
وعطارا لو اختلفا في اله الاساقفة او اله العطارين وهي في ايديهما لهما
قضي بها بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد
يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري
المتاع كله للمراة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه
لان المراة هي الساكنة فيه ولهذا سمي قعيدته ويد صاحب البيت
على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره وفي الدعاوى يقدم
صاحب اليد وقال ابن ابي ليلى المتاع كله للزوج الا ثياب المراة لان
المراة في يد الزوج فما في البيت فيها يكون في يده وان كان البيت
لها الا ترى انه صاحب البيت وان البيت يضاف اليه فصار
بمنزلة الموجر مع المستاجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول
للمستاجر لكونه مضافا اليه ما لسكنى وليس للموجر سوى ما عليه
من ثياب بدنه فلذا هذا وهذه هي المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل
السبعة رحمه الله تعالى قال ولو احدهما مملوكا
فالحر في الحيوة وللحي في الموت اي لو كان احد الزوجين مملوكا
واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحر في حال حياتهما وللحي منهما
بعد موت احدهما ايضا لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولا كذلك
يد المملوك واما اذا مات احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي
عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع
الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني
وفخر الاسلام وقاضي خان وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع
الصغير وكذلك ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما قال وقع

ساس
الكالش

[illegible] وفي هذا الكلام [illegible] هذا الذي ذكره [illegible] هذا لا يعلمه غير [illegible] السغنافي في النهاية

في بعض النسخ للمحجور منهما وهو سهو وهذا على الطلاقة قول ابي حنيفة
وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة
في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في ايديهما
يقضى به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة
استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وابو حنيفة
يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان له يدا بنفسه
من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر
يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوى
فترجحت به في حق متاع البيت الا ترى انها تترجح بالصلاحية فهذا
اولى ان يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية
فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية
والملك فيه اقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا اجاب عن قول زفر
ومن قال بقوله في استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار
والاسكاف في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم

فصل

قال رحمه الله قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه او آجرنيه
او اعارنيه فلان الغائب او رهنه او غصبته منه وبرهن عليه
دفعت خصومة المدعي لانه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه
من جهة الغائب وان يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا اقر
المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه
الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه
الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع
الخصومة ولو اقام البينة به لانه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه
باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولانه

لاحد

لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من ان
يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره ولا يثبت المتضمن بدون اصله
كالوصية المحاباة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار
نظيرها لو ادعاها بعد هلاكها او ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه
وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة
لان كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار يوجب الحق بنفسه
لخلوه عن التهمة فلا يحتاج الى البينة فيثبت ما اقر به بمجرد الاقرار الا
ترى ان من اقر بعين لغائب امر بها الحاضر ثم رجع الغائب وصدقه
يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشيء في مرض فصدقه
المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو اقر بشيء لشخص غائب
يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان
كذلك ولانه لا يخلو اما ان يكون صادقا او كاذبا فاقراره على نفسه
صحيح فيثبت به ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته اثبتت
امرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة
عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المرأة او الامة
اذا اقامت بينة على الطلاق او العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل
دون ثبوت الطلاق او العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدعي
اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد
حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات يده فيثبت
دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت
عليه بظاهر يده ولهذا اجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر
على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة غريمه على غيره ولان دفعها
بلا بينة يؤدي الى اتواء الحقوق لان احدا لا يعجز عنه وقوله وخروجه

من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لعينه الى اخره قلنا ثبوت
الملك موقوف على قبوله فيتوقف لو اجبه واندفاع الخصومه منها
فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين انه ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار
وان يده كانت حافظه لا يد خصومه ولهذا يومر بالتسليم الى المقر له
اذا حضر ويعتبر حاله من الصحه والمرض في ملك الكفاله ويسلم القاضي
المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنه بخلاف ما اذا ادعى
العين بعد هلاكها عنده حيث لا يندفع الخصومه عنه وان اقام بينة على
انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه
القيمه وهي في ذمته الا ترى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب
ولا يتبين ان ذمته كانت للعين وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى
الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا الدار خصما للمدعي باعتبار
دعوى الفعل عليه كالغصب وغيره فلا يندفع الخصومه باقامه
البينه ان العين لغيره الا ترى ان دعوى الفعل يجوز على غير ذي اليد فلا
فلا يندفع بالتحويل ودعوى الملك لا يجوز فيندفع بالتحويل لانه صار
خصما له باعتبار يده واذا اثبت بالبينه ان يده حافظه وليست بيد
خصومه اندفعت الخصومه عنه وقال ابو يوسف اخرا ان كان المدعا عليه صالحا
فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا يندفع عنه الخصومه
وان اقام بينه ان العين للغايب لان المحتال من الناس ياخذ مال غيره غصبا
ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب عن البلد ويواعده ان يرده اليه
على رووس الاشهاد ليمكنه الاستشهاد على ان هذا الشي وديعة عنده ما
يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي ان ينظر في احوال
الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعد ما ولي القضا وابتلى
بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف

صاحب المال وهو المودع او المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعي
يمكنه ان يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشي من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم
ولا يندفع الخصومه عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل
معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت
لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل
فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه
ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومه عند محمد لانها لو جعلت عليه
بالبينه لا تندفع عنه الا اذا احاله على معروف يتمكن الوصول اليه
كيلا يتضرر المدعي والمعرف بوجهه فقط لا يكون معرفا الا ترى الى قوله
عليه السلام لرجل تعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه
فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه
الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يمكن
المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند ابي حنيفه تندفع
الخصومه عنه لان ذا اليد اثبت ببينته ان العين اخذها من غير المدعي
وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون انه
غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظه وان العين ليست
لهذا الحاضر وهذا ثابت كافيه لهذا المقصود وحصول الضرر
للمدعي بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه
او الى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فاضروا به ونحن نسلم انه
لا يشتغل بالتعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما
عليه ان يثبت انه ليس بخصم وان يده يد حفظ وذلك يحصل
بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي ان يكون على قول
ابي يوسف على التفصيل الذي ذكرنا وسمي هذه المسئله مخمسه كتاب

الدعوى لأن فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرها
أو فيها اختلاف خمسة من الأئمة وقد بيناه رحمه الله تعالى قال وإن
قال ابتعته من الغائب وقال المدعي غصبته أو سرق مني وقال
ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن عليه لا أي لا يندفع الخصومة في هذه
الصور وإن أقام المدعى عليه بينة أنه أودعه فلان لأن ذا اليد في
المسألة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بأن اليد يد ملك
فيكون معترفا بأنه خصم وفي المسألة الثانية أن المدعي لما قال لصاحب
اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه
وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على غيره لأن اليد في الخصومة فيها
ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا يندفع الخصومة
أي دعوى الفعل
بانتفائها حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل
ولو أقام الخارج البينة فقضي له به ثم جاء المقر له الغائب وأقام بينة
على ذلك يقبل بينته لأن الغائب لم يصر مقضيا عليه وإنما قضي على
ذي اليد خاصة وفي الثالثة قول المدعي سرق مني يكون دعوى
الفعل عليه في المعنى استحسانا وإنما جهله بالبناء للمفعول لأجل
الستر عليه كيلا يقطع يده فصار كأنه قال سرقته مني وقال محمد رحمه
الله تندفع الخصومة عنه وهو القياس لأنه لم يدع عليه الفعل فصار
كما لو قال غصب مني على البناء للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا
بخلاف مسألة الغصب لأنه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب
العدول عنه إذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن هتكه ولو ادعى
أنه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذو اليد البينة
أن فلانا أودعها إياه اندفعت الخصومة وإن ادعى على ذي اليد فعلا لأن
الادعاء عقد استوفى أحكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى

لو لم

لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع قال وإن قال المدعي ابتعته
من فلان وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
لتوافقهما على أن أصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله إلى يده من جهة
غير المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي أخذه من يده إلا أن
يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه فيأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه
ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على
الغائب بإقراره وهي عجيبة ولو قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لا
تندفع الخصومة إلا ببينة لأن وصول الدار إلى يد ذي اليد لم يثبت من جهة
من اشترى هو منه لا لذي اليد ولا من جهة وكيله لا بإقرار المدعي وكذا
لو أثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها إلى
ذي اليد بخلاف المسألة الأولى وهي مسألة الكتاب لأن وصول العين إليه
من جهة الغائب ثبت بتصادقهما بإقرار ذي اليد نصا وبإقرار المدعي
ضرورة لأن الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر أنه وصل إليه
من جهته ولو قال ذو اليد إن فلانا أودعني العين فقال المدعي كان أودعك
إياها ثم وهبها مني أو باعها إياها وأنكر ذو اليد استحلف بالله إنه ما وهبها
له ولا باعها منه فإن نكل عن اليمين جعله خصما لأن نكوله كإقراره بذلك وقد
بينا أن إقراره بالشراء اعتراف منه بأنه خصم وإن حلف لم يكن خصما ولا يحتاج
إلى إقامة البينة بالوديعة لإقرار المدعي بها

باب ما يدعيه الرجلان

قال برهنا على ما في يد آخر قضي لهما
يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه
ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الأولوية وعن
الشافعي أنهما تهاترا وعنه أنه يقرع بينهما لأن إحدى الطائفتين كاذبة بيقين
لاستحالة أن يملك شخصان عينا واحدا كل واحد منهما كلها فتعين التهاتر

لعدم الاولوية وعند الشافعي يقرع بينهما كما في دعوى النكاح او المصير الى القرعة
لما روى انه عليه السلام اقرع بين رجلين تنازعا في امة واقام كل واحد منهما
بينة انها له وقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت
له قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال
مالك يقضي لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل
اقوى في الحجية فلا يرجح الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهوده
اكثر عددا لان طمانينة القلب الحاصلة به ارجح ولنا ما روى
عن ابي موسى ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله
عليه وسلم بينهما نصفين رواه ابو داود وعن ابي موسى ان رجلين اختصما
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها
بينهما نصفين رواه ابو داود والنسائي واحمد وغيرهم ولانهما استويا
في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق
كالموصى لهما فان الموصي لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين
وكذا الغرماء في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر
ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن هنا لان
الايدي قد تتوالى على عين واحدة في اوقات مختلفة فتعتمد كل فريق ما شاهد
من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز
الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما
روي انه عليه السلام اقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت
كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار الا ترى ان القرعة لتعيين الاستحقاق
بها لا يجوز لكونها قمارا وكذا التعيين للمستحق وانما يقرع في القسمة لتطييب
القلوب ونفي التهمة لا للاستحقاق الا ترى ان للامام ان يقسم بلا قرعة

بكون الشهود اعدل
حصول المقصود بالكل
وهو الامتناع عن
الكذب وكذا لا يكون
الترجيح ح

ولا

فلا يكون ذلك من باب التهاتر قال وعلى نكاح امراة سقطا وهي
لمن صدقت وسبقت بينته يعني لو اقام اثنان بينة على ان هذه المراة
زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل
الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما زوجها
او اسبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل بها احدهما
فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول
بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله
فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا تعتبر معه فصار
نظير ما لو ادعى رجل نكاح امراة واقام بينة فحكم له به حتى لا تقبل دعوى
احد النكاح فيها بعده لكونها اقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله
او سبقت بينة احدهما لانها لما سبقت وحكم بها ما كذبت فلا ينقض
بغير المساكة الا اذا اثبتت الثانية ان نكاحه اسبق فحينئذ يكون اولى
لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فحاصله انهما اذا تنازعا في امراة واقاما
البينة فان ارخا وكان تاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يورخا
او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها
الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق
المراة قال وعلى الشراء منه لكل نصفه بنصف ثمنه ان شاء اي لو
اقام كل واحد من الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان
لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما استويا
في السبب وجب على القاضي ان يقضي بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد
منهما على ما بينا فيتخير كل واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار
نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل واحد

المولى لبيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باع كله من كل واحد
منهما في وقت واحد حكما وان لم يكن ذلك حقيقة او يحمل على ان البيع
لكل واحد منهما صدر من وكيليه وذلك يمكن في وقت واحد
وبابا احدهما بعد القضاء لم ياخذ الاخر كله اي لو قضي به القاضي بينهما
ولي احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للاخر ان ياخذ كله لانه
صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه
ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي
به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له اخذه
بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون
للاخر ان ياخذ جميعه لانه اثبت ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع
الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير
تسليم احد الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فللاخر ان ياخذ كل
المبيع وان كان بعده فليس له ان ياخذ الا النصف لانه لم يستحق بسبب كله
والانفسام للمزاحمة ضرورة القضاء بينهما قال وان ارخا
فللسابق لانهما لما ادعيا الشرا من ذي اليد اتفقا على انه مالك للمبيع
ثم اثبت احدهما الشرا منه في وقت لا ينازعه فيه احد فاندفع به الاخر
بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشرا من رجل اخر غير الذي
يدعي الشرا منه الاخر حيث لا يرجح فيه صاحب التاريخ الاسبق
لان كل واحد منهما فيه خصم عن بائعه في اثبات ملكه وملك بائعهما
لا تاريخ فيه فصار كان البائعين حضرا وادعيا الملك لانفسهما مطلقا
من غير تاريخ وكذا لو ارخت احداهما ولم تورخ الاخرى كان صاحب
التاريخ اولى لانهما اتفقا على ان الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا
بالتلقي منه وان شراهما حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات

لا

الا اذا اثبت التاريخ فيثبت به فلهذا كان المورخ اولى بخلاف
ما اذا اختلف بائعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم
يدعيا الشرا من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ اولى
عند ابي حنيفة ومحمد على ما بين فرقه من قبل رحمهما الله تعالى
قال والا فللذي القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ ومع احدهما
قبض كان صاحب القبض اولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق
شرائه ولانهما استويا في اثبات الشرا من ذي اليد وترجح احدهما
بالقبض فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى
لا ينقض بتاريخ الاخر ايضا لبقاء الاحتمال فيه الا اذا اثبت شراه
قبل شرا صاحب اليد فحينئذ يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا
بخلاف ما اذا اختلف بائعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه
غير القابض اولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبائعهما لو لا
فاذا تجمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد
فكانت بينة الخارج اولى وهنا لا يحتاجان الى اثبات الملك
للبائع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما
فقط وهو السبب فيرجح بالقبض لقوته قال والشرا احق من الهبة
والشرا احق من الهبة معناه اذا ادعى احدهما شرا من شخص وادعى
الاخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه واقاما البينة ولا تاريخ
معهما كان الشرا اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا
للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف الملك لهما او كان معهما
تاريخ حيث لا يكون الشرا منه اولى لانهما عند اختلاف الملك يصير
كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما
في ذلك سواء وفيما اذا اتحد الملك لا يحتاجان الى اثبات الملك

قوله ولانهما استويا في الشرا من ذي اليد فيه نظر

له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لا نفسه
وقد تعذر الاولى وفيما اذا كان معهما تاريخ والملك لهما واحد كان الاقدم
تاريخا اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان الملك
لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبينه من قريب ان شاء الله
وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما بينا من الدعوى
ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوائهما في وجه
التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال
وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم
في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر
لا لقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع ايضا كما اذا
كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد
لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير
خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه
لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان
ومثل هذا قول ابي حنيفة وعندهما تجوز بناء على ان الهبة لواحد من
اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي
وقضاؤه بهبة الواحد من اثنين وهبة تجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ
اذ كل واحد منهما اثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك
لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا
لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده
وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا
لم يوقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتا
فصاحب الوقت الاقدم اولى وان لم يوقتا ومع احدهما قبض كان هو
اولى

اولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد وكل
والشراء والمهر سواء يعني اذا ادعى احدهما شراء عين من رجل
وادعت امراة ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما
سواء لاستواء السببين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة
ويثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمراة
نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاقها نصف المسمى
وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه
الله الشراء اولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن
فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما امكن واجب
وقد امكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز
ويجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح
يبطل البيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا
المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى بنفسه ومتى ورد
تاريخ لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تاخير الشراء
فيجعل كانهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يتقدم احدهما
على الآخر بدعوى الشراء منهما بل القياس ان يكون النكاح اولى من
الشراء لانه اقوى الا ترى انه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد
ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما
قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا يمكن اثباته
الا بحجة قال والرهن احق من الهبة يعني لو ادعى احدهما
رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد واقاما البينة

ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن اولى وهذا استحسان
والقياس ان يكون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت
البينة المثبتة للزيادة اولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه
الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون اقوى فكان
اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى لكونه
عقد ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند
الهلاك معنى لا صورة قال ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ
او على الشرا من واحد فالاسبق احق اي لو اقام الخارجان البينة على
الملك المطلق والتاريخ او على الشرا من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان
اسبقهما تاريخا اولى فيهما اما الاولى فالمراد به ما ذكر في اول الباب وانما
اعاده هنا لاجل ذكر التاريخ ولفائدة ان اسبقهما تاريخا فيها اولى لانه
اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي هذا القول
متفقا عليه لان دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعا
عليه لان ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر
استحقاقا بالملك على ذي اليد فيكون تلقيا من جهته والتاريخ معتبر
في دعوى التملك فصار كما لو ادعيا التملك بالشرا من جهة المدعا عليه
وجعل صاحب الامالي ان هذا قول ابي حنيفة وقول محمد اولا وهو قول
ابي يوسف اخرا وفي قول محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما لانه
لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوى اولية الملك معنى
حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ
اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه ليترجح بينته على بينة الخصم واثبات
زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوى اولية الملك فكان التقدم والتاخر
فيه سوا ولو ارخت احديهما دون الاخرى فهما سوا عند ابي حنيفة

وقال ابو يوسف

وقال ابو يوسف المورخ اولى وقال محمد المبهم اولى لان البينة
على الملك المطلق يدل على الملك من الاصل على ما مر الا ترى انه
يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ
ولابي يوسف ان المورخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن ملك
الاخر فكان المتيقن اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا
الشرا من واحد ولابي حنيفة ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا
يترجح المورخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد
لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى اقرب اوقاته ما لم يورخ فاذا ارخ
دل على سبق ملكه فترجح به على الاخر وان لم يورخ واحد منهما فهما
سوا على ما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا ارخا تاريخا واحدا لعدم
المرجح واما الثانية فلانهما لما ادعيا الشرا من شخص واحد فقد
اتفقا على ان الملك له فمن اثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا ينازعه
فيه احد كان اولى لانا نفهمها على ان الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف
ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشرا من شخص اخر غير الذي يدعي منه
صاحبه الشرا على ما يجي من قريب ولو لم يورخا فهما سوا وان ارخت
احديهما دون الاخرى فالمورخ اولى لما بينا وان كان مع احدهما قبض كان
هو اولى ولو ارخ الاخر ما لم يثبت انه اقدم تاريخا فحاصله ان هذه
المسالة مثل المسالة المتقدمة وهو ما اذا ادعيا الشرا من ذي اليد في
جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى لو ادعا احدهما الشرا والاخر الهبة كان
الجواب فيهما في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما

ولو ادعى احدهما الشرا وبعضهم واحدهما والاخر المهر والاخر الرهن والاخر الهبة والقبض

ان المدعيين في المسئلتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على
ان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحدا ولو
وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخا استويا يعني لو اقام كل واحد
منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه كانا
سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء ارخ احدهما او لم يؤرخ لان كل
واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فثبت
لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر
البائعان وادعيا الملك من غير تاريخ ولهذا لو ذكر احدهما تاريخا دون
الآخر فهما سواء لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف
ما اذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان ملك
بائعهما ثبت بتاريخها فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما
خرج عن ملكه فكان الشراء الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو ارخ احدهما
كان المؤرخ اولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل
وادعى آخر شراء من غيره وادعى ثالث ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة
وقبضا من غيرهم واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا سواء ارخ بعضهم تاريخا
او مع بعضهم او لم يؤرخ لما ذكرنا انهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ
فيه ولا تعدم الاولوية هنا لما ذكرنا من قبل قال ـــ ولو برهن
الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد اسبق او برهنا على النتاج وسبب
ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد
احق يعني في المسائل كلها الثلث اما في الاولى فالمذكور قول ابي حنيفة
وابي يوسف ورواية عن محمد ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد
في الملك المطلق اصلا لان البينة في الملك المطلق تثبت اولية الملك

فيستوي

فيستوي فيها التأخر والتقدم فصار كانهما قامتا على الملك المطلق
بخلاف ما اذا ذكرا السبب كالشراء ونحوه لانهما يثبتان الحدوث
وفيه الاقدم اولى ما لم يدع المتأخر التلقي من جهة المتقدم وجه
قولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة
ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي
من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما او لم يكن معهما
تاريخ او كان مع احدهما دون الآخر كان الخارج اولى لان بينته تثبت
غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينات
للاثبات فلهذا كانت بينة الخارج اولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم
عليه صريحا بلا احتمال وفيما اذا ارخت بينة ذي اليد وحدها
خلاف ابي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد اولى فيها وهو رواية عن ابي — حنيفة
رحمه الله لان ملكه ثبت في وقت معلوم بيقين وملك الآخر محتمل فلا
يزاحم المتيقن فصار كما اذا ارخت احداهما في دعوى الشراء من واحد
قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تتضمن هنا لاحتمال
ان يكون ملك الخارج اقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد حيث
يكون صاحب اليد اولى في الصور كلها الا اذا ارخا وكان تاريخ الخارج
اقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في
ايديهما وارخا كان اقدمهما تاريخا اولى عندهما لما بينا ان بينة ذي اليد
مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك — بيان بعشر
المطلق ولو ارخت احداهما دون الاخرى فالمسئلة بحالها كان بينهما
عند ابي حنيفة ومحمد لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ من احد الجانبين في الملك

المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما
وعند ابي يوسف هو للمؤرخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن
ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فترجح بالسبق وكما
الثانية وهي ما اذا اقاما البينة على النتاج او على سبب آخر لا يتكرر
فلان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت
بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك
تستوعب كل تاريخ ولا يعتد ذكره من احدهما او منهما اتحدا التاريخان
او اختلفا ما لم يذكر تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعا والقياس
ان يكون الخارج اولى لانهما استويا في اثبات اولية الملك وترجح
الخارج باثبات ما لا يدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان اولى
وبه كان ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان وترك في يد
ذي اليد لا على وجه القضا لان احدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج
دابة من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين ووجه الاستحسان
ما روي انه عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة
انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج
فيها فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع الا يرى
انهما لو ارخا في دعوى الشرا وبينة ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع وكذا
في الملك المطلق عند ابي حنيفة وابي يوسف لما فيها من تضمن معنى الدفع
فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعا الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة
والعارية حيث تكون بينة الخارج اولى وان ادعى ذو اليد لان بينة الخارج النتاج ثم
في هذه الصور اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب
واشباهه اذ هو غير ثابت اصلا واولية الملك لم تكن ثابتا باليد
فاصل

فاصل الملك ثابت بها ظاهرا وكان ثابتا باليد من وجه دون
وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات ت
وما قاله عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد
منهما البينة على النتاج يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله
لتهاترا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما والسوا وط
قط في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج يقضى بها
وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك
في يد كل واحد منهما ما في يده وثمرة ما قاله يظهر في التحليف لانهما
اذا تهاترا يصار الى التحليف ولو اقام الخارج البينة انه اشتراه
من فلان وانه ولد عنده واقام ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان
آخر وانه ولد عنده واقام ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان آخر وانه
ولد عنده كان ذو اليد اولى لان كل واحد منهما خصم في اثبات
نتاج بائعه لانه خصم في اثبات الملك له ولو حضر البائعان واقاما
البينة على النتاج كان صاحب اليد اولى فكذا من قام مقامهما ولو اقام
احدهما على الملك والآخر على النتاج كان صاحب النتاج اولى ايهما كان لانه
يثبت اولية الملك ولهذا لا يملكه غيره الا بالتلقي من جهته وكذا لو
كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد
ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان
الثالث لم يصر مقضيا عليه فجاز له ان يدعيه وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق لو اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضا لان الخارج
لم يستحق على ذي اليد شيئا لان ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحا
وبعدما ثبت الملك له به لا يتصور ان يكون للخارج بذلك السبب
لان النتاج لا يتكرر ولا يمكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت

لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك
المطلق لانه كما يحتمل ان يكون له من الاصل يحتمل ان يكون له من جهة صاحب
اليد فامكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد
بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فيجعل كذلك في حق من يتلقى منه الخارج
على منه ذي اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق النتاج تقبل بينته
كما تقبل بينة الاجنبي لانه بمنزلة نص بعد بخلاف ما اذا ادعاه ذو اليد
الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا انتفا فصار الاصل
ان من صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها والا قضى له فيها وقوله
وسبب ملك لا يتكرر بمعناه كل سبب لا يتكرر في الملك اذا ادعاه
صاحب اليد ان حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل
حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وجز الصوف والمرعزى او غزل
القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضى به للخارج
وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز
والصوف والشعر اذا بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل
ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا
الطريق فلم يكن في معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البناء
والغرس والزراعة يتأتى فيها التكرار وان اشكل عليهم يسأل عدول اهل
الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون لان الواحد منهم
يكفي والاحوط الاثنان وان اشكل عليهم قضى به للخارج لانه الاصل
والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو في معناه من كل وجه
ويشترط ان يتبين في الدعوى بعد ان ذكر السبب وجعل في ملكه حتى
اذا قال كل واحد منهما او ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب ونتجت
هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان ينسج لغيره وقد تلد
دابه

دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه
وان الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك وفيه الخارج اولى
ولا يقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي في ملكي صح
او نتجت وولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا الجبن اتخذته انا
او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي او الشاة التي حلبت منها
لبنه ملكي كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او حلبت
لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام الخارج البينة ان فلانا
القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو اليد انها نتجت في ملكه كان ذو اليد
اولى عند محمد لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى لان القضاء قد صح ظاهرا
ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين
واما الثالثة وهي ما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام ذو اليد البينة
على الشراء منه فلان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينته واثبت ذو اليد
التلقي منه فكان له حكم التلقي منه واقراره بانه له في ضمن دعوى الشراء
منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا ثم
ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان بعد الشراء منه لانه لا تنافي اذ
التوفيق ممكن قال ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ
سقطا وترك الدار في يد ذي اليد اي لو اقام كل واحد من الخارج
وذي اليد او الخارجين او ذوي الايدي البينة على الشراء من صاحبه
ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان وتترك المدعى في يد ذي اليد على وجه
القضاء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت في يد احد
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما يجعل ذي اليد مشتريا
من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان
القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز

وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه
بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كانها قامت على اقرار الاخر
وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولانه يلزم من القضاء بهما القضاء
لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو الملك وذلك
باطل لانه يؤدي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا
لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا خرج
من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يملك الحكم
لذي اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضاء له بمجرد السبب وانه لا يجوز
ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تهاترا ان كان الثمنان من جنس واحد
وتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل واحد
منهما ما قبضه لانه مضمون عليه وان لم تشهدا بقبض الثمن لا يتاتى القصاص
عندهما لعدم الوجوب وعند محمد يتاتى لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان
بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق اما عندهما
فظاهر على ما سبق واما عند محمد فلان البيعين وان كانا جائزين لوجودهما
بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالة حتى يجعل احدهما سابقا
والاخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر القبض للمبيع لانه امكن هناك ان يجعل
شراء ذي اليد متقدما لدلالة اليد على ما سبق وهكذا ذكر صاحب الهداية
قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط انه يقضى بها عنده فيجعل القبض
المعاين اخر القبضين ويجعل ذو اليد اخر المشترين كان الخارج
اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضي بالدار له ومثله
في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان
في العقار ولم تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضى بها لصاحب
اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب

اليد

اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا
يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي ان يقضى بها لذي
اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضها ثم باعها من بائعه
وهو ذو اليد تصحيحا للعقد وان اثبتا قبضا يقضى بها لصاحب
اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعها
من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد
اسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لان صاحب
اليد قابض وقد اثبت شراءه سابقا فيجعل كانه اشترى اولا كما
شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على انه سلم
اليه ان لم يشهدوا بالقبض او سلم اليه ثم عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا
بالقبض قال ولا ترجح بزيادة عدد الشهود معناه ان احد الخصمين
اذا اقام شاهدين والاخر اكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة
في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما
يرجح بالوصف ولهذا لا يرجح الاية باية اخرى ولا الخبر وانما يرجح بقوة
فيها بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد او كان احدهما مفسرا
والاخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف
فيه وكذا لا يرجح احد القياسين بقياس اخر لما ذكرنا قال دار في يد
اخر ادعاها نصفها واخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للاخر
لان مدعي الكل لا ينازعه احد في النصف الاخر فيكون بينهما فيسلم لمدعي
الكل بلا نزاع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا طريق المنازعة
وهو قول ابي حنيفة وقالا تقسم الدار بينهما اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل
والثلث لمدعي النصف لان مدعي الكل يدعي نصفين والاخر النصف
الواحد وليس لشيء واحد الا ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر

بالخبر

حقهما وهذا بطريق العول ولها نظاير واضداد نبينها مختصرا
فنقول ان جنس القسمة على اربعة انواع نوع منها ينقسم بطريق
العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون
الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم
المرسلة والسعاية والعبد اذا قتل عمدا رجلا وقتل آخر خطأ فدفع
بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع
منها ما ينقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة فضولي
باع عبد الغير من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى
البيعين فاختارا الاخذ يكون للمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولمن — المشترى
اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما ينقسم بطريق
المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي ثلث مسائل
احدها اذا ادعى احدهما نصف الدار والآخر كلها وهي مسألة الكتاب
والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله واجازت
الورثة والثالثة اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك
العبد وليس له مال غيره ومنها ما ينقسم بطريق العول عند ابي حنيفة
وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبد مأذون له في التجارة
بين رجلين اذانه احدهما مائة واذانه اجنبي مائة فدين المولى سقط
نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب
شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانية
اذا اذانه اجنبيان احدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان رقبته على هذا
والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى
احدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على
هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت
مولاها

مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل
واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلثة ارباع قيمتها فيقسم
بين الساكتين فيعطى الربع لشريك العافي اخيرا والنصف للآخر
بينه وبين شريك العافي اولا اثلاثا بالثلثاه لشريك العافي اولا
والثلث لشريك العافي آخرا عنده وعندهما ارباعا ثم الاصل
عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت
في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة
عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز وكان
حق احدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة
على المنازعة والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت
واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين
كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه
الاصول وتمام تفريعها مذكوره في شرح الزيادات لقاضي خان قال
ولو كانت في ايديهما فهي للثاني اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين
والمسألة بحالها كانت كلها لمدعي الكل لان مدعي النصف ينصرف
دعواه الى ما في يده ليكون يده يدا محقة لان حمل امور المسلمين على
الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه
على ما في يده ولا يدعي شيئا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد — احدهم
نفسه وما في يد الآخر ولا منازعة فيما في يده فيترك في يده لا على وجه
القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته اولى
لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فيسلم له الكل نصفها بالترك
لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال ولو برهنا
على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق

ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فرجحت بينته بذلك وفي الاخرى
ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدابة
في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا
كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت
في يد احدهما ولهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث قال وان اشكل
ذلك فلهما اي ان اشكل سن الدابة في موافقة احد التاريخين يقضى بها
بينهما لان احدهما ليس باولى بها من الاخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة
في يد ثالث وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لصاحب
اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يؤرخا وان
خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك
في يد من كانت في يده والاصح انهما لا تبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا
خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها للذي له اليد
لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وهنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط
حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب
اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما اذا اشكل في موافقة
سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو
قول بعض المشايخ وليس بشيء قال ولو برهن احد الخارجين على الغصب
والاخر على الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد رجل فاقام رجلان
كل البينة احدهما بالغصب والاخر بالوديعة استوت دعواهما حتى
يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه
الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل
من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال والراكب
واللابس احق من آخذ اللجام والكم معناه اذا تنازعا في دابة احدهما
راكبها

وحقهما

راكبها والاخر متعلق بلجامها او تنازعا في قميص احدهما لابسه
والاخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من المتعلق باللجام
والكم لان تصرفهما اظهر فانه يختص بالملك فصارا صاحبي يد والمتعلق
خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث يكون بينة الخارج
اولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا واما
المتعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل به لتمكنه من التصرف
على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك
فيترك في يده حتى يقوم الحجة والترجيح وكذا لو كان احدهما راكبا
على السرج والاخر رديفا له كان الراكب اولى لان تمكنه من ذلك
الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث
يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والاخر
ممسك بلجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها للممسك بلجامها
لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب
ولو تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما
نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه
بخلاف الركوب واللبس الا ترى انه يصير بهما غاصبا للثوب والدابة
ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين في دار
وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه
ليس في يد غيرهما قال وصاحب الحمل والجذوع والاتصال
احق من الغير معنى الاول ان يتنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما كان
صاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت
في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والاخر
ممسك بسكانها واخر جاذف فيها واخر ملاحها فهي بينهم الا من بيدها

فانه لا شي له فيها لانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها
التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يترجح بكثرة
ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما ياتي ومعنى
الثاني ان يكون حايط عليه هرادي لرجل وللاخر عليه جذوع او
متصل بنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادي لان
صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق والبنا يبنى
للجذوع عادة لا لوضع الهرادي فصار نظير دابة تنازعاها ولاحدهما
عليها حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل
دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو ان تتداخل لبن
البنا المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن البنا المتنازع فيه
وساج احدهما مركب على ساج الاخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون
الا عند البنا فدل ذلك على ان بناءهما واحد في وقت واحد فترجح
به وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحايط
المتنازع فيه متصلا بحايطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحايطان
متصلان بحايط له بمقابلة الحايط المتنازع فيه حتى يصير مربعا
شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شي واحد والمروي
عن ابي يوسف ان اتصال جانبي الحايط المتنازع فيه بحايطين لاحدهما
يكفي ولا يشترط اتصال الحايطين بحايط له بمقابلة الحايط المتنازع
فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا
بالحايط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحايط
المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما
مركبا في الاخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة
به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على
انهما

انهما بنيا معا ولا بوضع الهرادي ولا البواري لان الحايط لا يبنى
لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه ولا يعتبر اصلا لو وضع الثوب على الجدار
حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي ولا شي للاخر فهو بينهما
اذا علم انه في ايديهما ولا يرجح صاحب الهرادي لعدم الاستعمال كما لا ف
اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البنا
للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادي وقال الشافعي رحمه الله لا
يرجح بوضع الجذوع لانه يحتمل انه ملكه وعارية وغصب فلا
يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحايط فكان
في يده والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحايط صح
للجذوع موضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح ان يكون علامة كما اذا
اختلف الزوجان في متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية
ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما في
اصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد ان تبلغ ثلثا لان الترجيح
بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا ان تبلغ ثلثا لان الحايط
يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلث غالبا فصار الثلث
كالنصاب له ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلثة وللاخر اقل فهو لصاحب
الثلثة استحسانا وهو قول ابي حنيفة والقياس وهو مروي عن
ابي حنيفة ان يكون بينهما نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة
فيستويان فيه كما اذا كان لهما حمل على دابة لاحدهما مائة منا وللاخر
منا او منوان فانها بينهما نصفان ووجه الاستحسان ان ما دون الثلث
حجة ناقصة اذ لا يبنى الحايط لاجل الواحد والاثنين عادة والحجة
الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذوع الواحد او الاثنين
عادة والحجة الناقصة لا تحول لوضع باتفاق الروايات

لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق
فلا يؤمر بالرفع بخلاف ما اذا اثبت ان الحائط له بالبينة حيث يؤمر بالرفع
لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة
حتى لا يستحق على ما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة
ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق ونحوه حيث يؤمر بالرفع وان
كان استحقاقه باليد ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن استحقاقه
على ملك الغير ابدا مؤبدا وانما يمكن مؤقتا من جهة المالك فاذا ظهر
الاستحقاق امر بالازالة واما وضع الخشب فيمكن استحقاقه بان
وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في انه
يملك ذلك الموضع ام لا فذكر في كتاب الاقرار ان الحائط كله لصاحب
الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حول الموضع لان الحائط
لا يبنى لاجل جذع واحد او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة
فلا يحكم له بالملك كمسألة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللاخر
كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر
الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار
الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته
لوجود سبب الاستحقاق فمنهم من اصحابنا من قال يحكم ما بين الخشبات
بينهما على قدر الاخشاب واكثرهم على انه لا يملك صاحب الخشبة
او الخشبتين الا موضع خشبته ومنهم من قال يكون بين الخشب
بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحائط بينهما على قدر اخشابهما
اعتبارا لقدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار
اصح وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب
الخشبة كما ذكر في الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر

اتصال

اتصال تربيع فصاحب الجذوع اولى لان له تصرفا في الحائط
ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك
ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال
اولى لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء
ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما بينا
وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة
البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا فيه قبل وضع
الاخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا انه لا يرفع جذوع
الاخر على ما بينا ولا فرق في هذا بين ان يكون الاتصال من جانب او من
جانبين على ما ذكره الطحاوي وفي المحيط الايدي في الحائط على ثلث
مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع
ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا فاولاهم صاحب
التربيع وان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة
وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للاخر اختلف المشايخ
فيه قيل هما سواء لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذع
اولى لان الحائط قد يبنى لجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو
كان لاحدهما عليه هرادي او بواري ولا شيء للاخر فهو بينهما والهرادي
لا تعتبر ولا البواري وفي فتاوى قاضي خان لو كان لاحدهما عليه جذع
واحد وللاخر عليه هرادي او بواري او لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب
الجذع قال ثوب في يده وطرفه في يد اخر نصف يعني لو
تنازع الشخصان في ثوب في يد احدهما وطرفه في يد الاخر كان
بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت في الثوب الا ان احدهما
ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب الترجيح لما ذكرنا ان الرجحان بالقوة

حب ت

خان

لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل على التفاوت
كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى لو كان لاحدهما
منًّا وللآخر مائة منٍّ كانت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد احدهما
الهدبة والباقي في يد الآخر لان الهدبة ليست بثوب اذ هي غير منسوجة
فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا تزاحم الآخر قال صبي يعبر فقال
انا حر فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه
ولا تقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ
قال ولو قال انا عبد لفلان او لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن هو في
يده اما الاول فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان
ملكا لمن في يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من
الصبي فكيف يصح اقراره به هنا لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي
بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد
المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل قوله عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق
من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض
لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولان الاصل في الادمي
الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب ان لا تقبل
دعوى الرق الا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط
حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول الاصل
اذا اعترض ما يدل على خلافه بطل وثبوت اليد دليل على خلاف
ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم ان اللقيط
اذا اقر بالرق بعد ان كان معبرا عن نفسه كالقن في الحكم ولا الزمنا وان
لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه امين فيه
والامين ليس له ملك فلم يعلم يد غيره فكانت غير ثابتة حكما واما

الثاني

الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع فيكون
ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يد على نفسه
حقيقة او حكما وهذا لان الاصل في الادمي وان كان الحرية لا يثبت عليه
بدعوى الكل ما له حتى لا يكون مهانا كالقماش والبهائم لكن ذلك
عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز باحد
امرين اما بالصغر حقيقة او بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو
كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض
ذلك الا بالبينة قال عشرة ابيات في دار في يد رجل وبيت
في يد آخر فالساحة نصفان لان الساحة يحتاج اليها الملاك
لاستعمالها في انواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب
ووضع الامتعة ونحو ذلك من انواع المنافع وهما في ذلك سوا
فتنصف بينهما فصارت نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا
بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم
بينهما على قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض
فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضي بخلاف
الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في
الطريق قال ادعيا ارضا انها في يدهما لكن احدهما (فيهما)
بنى او حفر فهي في يده كما لو برهن انها في يده لان اليد في الارض غير
مشاهدة وهي محصورة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما
انها في يده فلا بد من اقامة البينة انها في يده او من التصرف فيها كالتلبين
او البنا او الحفر لانه لا يمكن من هذه الاشياء دليل على انها في يده ثم ان ادعيا
انها في ايديهما لم يقض به بلا بينة لاحتمال انها في يد غيرهما وان ادعيا
انها في يد احدهما فلا كذلك لانه يحتمل انهما تواضعا على ذلك لكن ليس

للملك بمنازعة في اليد لاقراره انها في يد صاحبه واقراره في حق نفسه
مقبول وكذا لو حلفا انها ليست في يد صاحبه فنكل احدهما ولو
نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة اقراره في
حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبرئ كل منهما
عن دعوى صاحبه وان اقام احدهما البينة انها في يده قضي له باليد
فيها ويكون الآخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او بنى او غرس او فعل
شيئا آخر مما يدل على انها في يده وان اقاما البينة على اليد قضي بها لهما
فان طلبا القسمة لا تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قيل هذا
قول ابي حنيفة وعندهما تقسم بناء على ان الورثة اذا كانت دار في
ايديهم قسمها بقولهم انها ميراث عندهما وعند ابي حنيفة لا يقسمها
حتى يقيموا البينة انه مات وتركها ميراثا بينهم والله تعالى اعلم

باب دعوى النسب

ولدت مبيعة لاقل من ستة اشهر مذ بيعت فادعاه البائع
فهو ابنه وهي ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه المشتري
معه او بعده وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري
وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف
منه بكونه لان المسلم لا يباشر البيع الباطل ظاهرا فصار في دعواه مناقضا
وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع ولا يقبل اذ التناقض
يبطل الدعوى فصار كما لو ادعاه ابو البائع او ادعى هو اعتاقها
او تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا
فيعفى فيه التناقض فيقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه
بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه تعتبر له اقامة البينة بل فوقها وهذا
لان الانسان قد لا يعلم بالعلوق الى ان يظهر له او قد يظن
ان

ان العلوق من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر في التناقض كالزوج
اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان وكالمختلعة
تقيم البينة ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب تقيم البينة
ان مولاه اعتقه قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى
للخفاء عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق
فيعذر ان فيه بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه ق
فعل نفسه ولا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم يتيقن بكذبه في الكلام
الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينقض البيع بالاحتمال حتى لو
اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل بينته لتيقنا بكذبه بثبوت الحرية
والتدبير قبل البيع وبخلاف دعوى ابي البائع لانه يشترط لصحة دعواه
ثبوت ولايته الدعوة من وقت العلوق الى وقت الولادة على ما بيناه
من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البائع استندت الى
وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر انه باع ام ولده فيكون
باطلا ويرد الثمن لبطلان البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه
الا ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة
المشتري مع دعوة البائع او بعده لان دعوة البائع اسبق لانها
تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق في
ملكه فتقتصر فكانت الاولى اقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه
لما ثبت النسب من البائع تبين ان البيع كان باطلا ولم يدخل في ملك
المشتري فصار المشتري اجنبيا من الاجانب فلا تصح دعواه
ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى
اثباته من غيره واخر بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده
عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري معه او بعده

وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده صح

ودعوى المشتري دعوى تحرير لعدم العلوق في ملكه

عما اذا ادعاه المشترى قبله لانه اذا ادعاه المشترى ولا يثبت نسبه
منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك الا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق
امه فلا تصح دعوته ايضا لحاجته الى النسب والى الحرية ويثبت لها
امومية الولد باقراره لا يصح دعوة البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب
بثبوته من المشترى ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق
استحقاق النسب للبائع ضرورة قال وكذا اذا ماتت الام بخلاف
موت الولد يعني اذا ماتت الام وادعى البائع الولد وقد جاءت به لاقل
من ستة اشهر يثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد
ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق ان الولد هو الاصل
في الباب والام تبع له فيه الا ترى انها تضاف اليه فيثبت نسبه اولا
فيعتق فتتبعه امه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وقال عليه السلام من وطئ امته فولدت له فهي معتقة
عن دبر منه رواه ابن ماجه ولان المقصود من الدعوة الولد دون
الام ولهذا تدخل تبعا وكان الثابت له اقوى والادنى يتبع الاقوى
فاذا كان الولد هو الاصل فان المعتبر بقاؤه لحاجته الى ثبوت النسب
ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون
الام حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتداء بدون
متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته
بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند
ابي حنيفة لانه تبين انه باع ام ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشترى
لان ماليتها غير متقومة عنده كالحر ولهذا لا يضمن بالغصب عنده
وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان ماليتها متقومة
عندهما فيضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشترى

فاذا

فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصته مما لم يسلم له وهي
الام ولهذا ادرج الحكم على قولهما وكان ينبغي ان يرد البائع جميع
الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد
منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع ولا يجب
فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل
واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله قال
وعتقهما كموتهما اي اعتاق المشترى الام والولد كموتهما حتى لو
اعتق المشترى الام دون الولد فادعى البائع الولد انه ابنه صحت
دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد دون الام لا تصح دعوته
لما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تمتنع
الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق مانعا
لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته
انه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله
كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاه المشترى ولان للبائع حقا
وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت للمشترى حقيقة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقض
لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد
ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام
بالام لا تمتنع فيثبت نسبه من البائع ولا تصير امه ام ولد له لان
العتق فيها لا يحتمل نقضه ولا يقال ينبغي ان يبطل اعتاق المشترى
لان نسب الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فيتبين انه باع
ام ولده فلم يملكها المشترى فيبطل البيع كما لو ولدت المبيعة
ولدين في بطن واحد واعتق المشترى احدهما ثم ادعى البائع

ما يسلم له وهو الولد
لئلا يجتمع البدل
والمبدل في ملكه
والصحيح عليه رد حصة
صح

الاخر انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لانه لم
يملكه ضرورة انهما خلقا من ماء واحد ولهذا بطل سائر تصرفاته
مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت امومية
الولد ليس من احكام ثبوت النسب ولا من ضروراته الا ترى ان
النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة ولا تصير
امه ام ولده بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء واحد فاذا ثبت لاحدهما
من الاحكام ثبت للآخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام
قيل البائع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع
هنا وذكر الفرق لابي حنيفة في المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت
الام فان البائع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط
والفرق ان في الاعتاق القاضي كذب البائع فيما زعم انها ام ولده حيث
جعلها معتقة المشتري ولم ينفسخ البيع فيها فبقي البيع صحيحا فيجب
عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشيء فبقي معتبرا
في حقه اذ لم يكن مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة
الولد ثم جعل هنا للمولود بعد القبض حصة من الثمن والمولود قبله
لو زال البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل
القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه
البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة او لكونه مستخرجا من العقد ومن
المشايخ من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة كما في فصل
الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فهو اخذ بزعمه والله
قال صاحب الهداية وهو الصحيح وهو خلاف الرواية وكيف يقال يسترد جميع
الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد
فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت

في ضمانه

في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة
بالولادة فيعتبر قيمته عند ذلك قال وان ولدت لاكثر من
ستة اشهر ردت دعوة البائع الا ان يصدقه المشتري وهذا
الكلام يشمل وجهين احدهما ان تلد لاكثر من سنتين من وقت البيع
فحكمه انه لا تصح دعوته لعدم العلوق في ملكه بيقين وهو الصحيح
الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد
بالنكاح لتيقننا ان العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا العتق
الولد ولا تصير الامة ام ولده لان العلوق حادث بعد البيع ولا
يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة
تحرير فلا تنفذ الا في الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير
والثاني ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين
منه فحكمه ان دعوة البائع لا تقبل فيه ايضا لاحتمال العلوق
بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم تصح الا ان يصدقه المشتري
فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة ام ولد له تبعا
للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لانه تبين
انه باع ام ولده فيبطل وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاد فيستند
ثم اعلم ان الدعوة هنا ثلثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير
ودعوة شبهة كالاب يدعي جارية ابنه وحكم كل قسم وشروطه
مذكور في موضعه وضوله كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلثة
لما ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين
او لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله تعالى فاحفظه قال
ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لما بينا والمراد
ان يعرف انهما توأمان اذا كان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر وان كان

بينهما ستة اشهر فصاعدا فليسا بتوامين لان اقل مدة الحمل ستة
اشهر فاذا اتت بولد ثم جاءت بولد آخر لاقل من ستة اشهر نعلم بالضرورة
انهما من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن
علوقه وهي حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود لا ينفتح وهي حبلى
الا لخروج الولد قال وان باع احدهما واعتقه المشتري
بطل عتق المشتري معناه اذا باع احد التوامين فاعتقه المشتري ثم ادعى
البائع الذي لم يبعه انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري
فيه لان دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق
والدعوى ملكه فيه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر
منه لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حرا
الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والآخر رقيقا وهما من
ماء واحد فيكون نقض العتق لما هو فوقه وهي الحرية الثابتة باصل
الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق
المشتري بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصودا
لاجل حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز على ما بينا وجهه وهنا تثبت الحرية
في الذي لم يبعه ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا
وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه واما اذا لم يكن
العلوق في ملكه بان اشتراها بعد الولادة او اشترى امهما وهي حبلى
بهما او باعهما فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما ايضا لانهما لا
يفترقان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري
قد اعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق
في الملك فلا يملكه الا من يملك الانشاء فلهذا يشترط لنزول العتق
عليه ان يكون في ملكه بخلاف المسألة الاولى وهو ما اذا كان العلوق

في ملكه

في ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فتستند
ومن ضرورته عتقهما لكونهما حري الاصل فيتبين انه باع حرا
قال صبي عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم
يكن ابنه وان جحد ان يكون ابنه معناه اذا كان صبي عند رجل
فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم
قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد فلان الغائب ان يكون الصبي
ابنه ولا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده واشتراطه في
الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه اقر
بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان
اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول ابي حنيفة وقالا تصح دعوة المقر
له فصار كان لم يقر ولهذا العتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار
بالنسب مما يرتد بالرد فاذا الاقرار مما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما
يحتمل النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وان
كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا اقر المشتري على البائع
باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته
فانه لا يتحول الولاء اليه فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفي للنسب عن
نفسه او انه لوجوب الحقوق عليه ولذلك لا يسمع الاقرار به بعده
بان قال ليس هو بابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا لا يصح اكذاب الملاعن
نفسه بعد نفي النسب بخلاف نفي النسب ما اذا صدقه لانه
يدعي نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه
يتعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت
نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولابي حنيفة رح
ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد

[illegible]

يسعى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن اقر بحرية
عبد الغير ولده المولى فانه يعتق على المقر حرا ولا يرتد اقراره
حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك وكمن شهد على رجل بنسب
صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه
لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو
صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا
يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولانه يوجب اقراره ثبات
ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوى واذا ارتد الاول
لعدم ولاية عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة
الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب الزم
من الولاء فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند
اعتاق الاب وكذا لو ارتدت معتقة العتاق ولحقت بدار
الحرب وسبيت واعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا
يقبله جاز في ولد الملاعنة ولا يصح القياس عليه وانما العتق عليه
اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال العبد ابنا بنسبه من عمرو هو ابني
وهذا الصلح حيلة فمن يبيع عبدا اصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة
بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره قطعا عنه وعليه
يشترط ان لا يرد المقر له النسب بان يسكت او يصدقه لميت او الغائب
لا يعرف قال ـــ ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني
وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني اي لو كان الصبي في ايديهما
فادعى النصراني انه ابنه والمسلم انه عبده وادعاه معا كان حرا
ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام
في المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين

وفي عكسه

وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها
فكان الجمع بينهما اولى ولا يقال ينبغي ان يكون عبدا للمسلم لان
الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو للاستوا
ولا تعارض هنا لان النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستوا بخلاف ما
اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه اولى لاستوائهما
في دعوى البنوة فترجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي لحصول الاسلام
له في الحال تبعا لابيه قال ـــ وان كان صبي في يد زوجين فزعم
انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل واحد
منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا
يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الاخر لاستوائهما
فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما
كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان
اخر غيرك وليس لك انت فيه شي كان الثوب بينهما ولا يصدق
كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا ان المقر له يشارك المقر
في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشارك لانه لا
يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول
له ايهما صدق ثبت نسبه منه قال ـــ ولدت مشتراة
فاستحقت غرم الاب قيمة الولد وهو حر يعني لو اشترى امة
فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد
حر وهذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشراء اي سبب كان وكذا اذا
تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت روي ذلك عن عمر
رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله عنه في الشرا بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب

ايهما

اذ المغرور معذور ولانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والامة
ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الاخر النظر فوجب
الجمع بينهما ما امكن مراعاة لحقيهما وذلك بان يجعل الولد
حر الاصل في حق الاب ورقيقا في حق المستحق لان استحقاق الاصل
سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم
المنع او التحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى
كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر قيمته وقت
التحول ويجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان للاب
شيء يؤخذ من تركته لان المانع منه لدفع شوب النسب وهو من
الاب دونه ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا
الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا يعدو موضعها ثم هذا الغرور ان كان
في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها
للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق
ويفرق بينهما الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة
انه تزوجها على انها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد
فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته يعني لو مات الولد قبل
الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق
حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا على
ما عرف في موضعه فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة
وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه فلا تقوم مقامه فلم
يجعل سلامة الارث كسلامته لنفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض
الاب من ديته مقدار قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة
بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيئا لا يجب عليه لان

المنع

المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض البعض من قيمته وجب عليه
بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع
تحقق بقتله ثم في ولد المغصوب اذا اتلفه الغاصب قال
ويرجع بالثمن وبقيمته على بائعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها
لان البائع صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع يبنى على
مساواة البدلين في حق الضمان فلما ادى الثمن من جانب المشتري
سالما للبائع وجب ان يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل
البائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم
قد ثبت لك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك
ولان البائع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك
ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه ولهذا ان هلكت عند المشتري
فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن
وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان
اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا
زوجه رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج
بقيمة الولد لان الاستيلاد بني على التزوج وشرط الحرية صار
بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزوج فيكون الاستيلاد بناء على
التزوج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل
انا كفيل بما يلحقك بسبب هذا العقد وتقابل ما لزمه من الضمان
انما لزمه بالاستيلاد بحكم التزوج لانه موضوع له فكان المزوج
صاحب علة مضافا الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبره رجل انها
حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون
الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشيء لان الاخبار سبب محض

لا بالعقر اي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على بائعه ح

والاستيلاد ح

لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما ياخذ حكم العلة
بالغرور وذلك باحد امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه
من العقر على البائع وعند الشافعي يرجع لانه ضمان لزمه لفوات السلامة
قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم
له المستوفى مجانا والوطء على ملك الغير لا يجوز ان يسلم له مجانا
ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الاولاد
وعند الشافعي يرجع لان الغرور قد تحقق لهم منه باخباره الملك له
فيها واخباره انها مملوكة قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع
فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق امن فسلكها فاخذ اللصوص
ماله لم يرجع على المخبر بشيء بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب
السلامة او الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسنين
من سبيل وبخلاف التزويج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل
قال عليه السلام تناكحوا توالدوا تكثروا الحديث فاذا لم يسلم له
ما هو المقصود به يرجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة
اظهار الجود والسماحة وتمول الملك وهذا المقصود يتحقق
بدون الاستيلاد ولو باعها المشتري من اخر فاستولدها الثاني
ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وقيمة الولد
ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة
الولد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يرجع عليه بقيمة الولد
ايضا لان البائع الاول للثاني سلامة الولد ضمن البيع ولم يسلم له حيث ضمن صح
اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما في الثمن والرد بالعيب ولابي حنيفة
ان البائع الاول ضمن للمشتري سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري
منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه

وانما

وانما يضاف الى البائع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به نسبته
الى الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول ضمن للبائع الثاني سلامة
المبيع فلم يسلم له ولا يسلم للبائع الثمن وبخلاف الرد بالعيب
لان المشتري الاول استحقه سليما فلم يوجد والله اعلم

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات
يقال قر الشيء اذا ثبت واقره غيره اذا اثبته وفي الشرع عبارة
عن اخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط صحته
ان يكون المقر بالغا عاقلا ولا يشترط الحرية حتى يصح اقرار
العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما
فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى
ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا اقر
الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يوما
يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار
وليس بانشاء والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق نفسه
بخلاف الانشاء ولهذا لو اقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان
انشاء لصح قال رحمه الله هو اخبار عن ثبوت حق للغير
على نفسه هذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه لانه
لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى قال
اذا اقر حر مكلف صح ولو بمجهول كشيء وحق لان الاقرار حجة
شرعية يثبت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول
اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق امر بالاملال
فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقد نهاه الله تعالى ايضا عن

بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على اصل
الحرية في حقهما الا يرى ان اقرار المولى لا يصح عليه وقد شرط
البلوغ لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لعدم
اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي والمعتوه ماذونا له فيصح
اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره
لا يعامله احد فلا يجد بدا منه فيدخل في الاذن بكل ما كان
طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات
والغصوب فيصح اقراره فيها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل
لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر
والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة
المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة
والكفالة تبرع ابتدا فلا يدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه
كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره
بطريق محظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل الرجوع
كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت على
شيء فاقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع ولا يلزمه شيء وان
سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا شرب المتخذ
من الحبوب او العسل عندهما خلافا لمحمد وقوله ولو مجهولا
كشيء وحق اي ولو كان المقر به مجهولا بان قال علي شيء وحق يلزمه
لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا او يجرح جراحة او يبقى عليه
باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج
الى الابراء ذمته بالاتفاق او التراضي ولا يمنع صحة الاقرار بخلاف
الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق

كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فصار نظير
امره باداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على
نفسه بصيرة اي شاهد قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى
كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والمراد به الاقرار
واما السنة فما روي انه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية
باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال اولى ان يجب واما
الاجماع فلان الامة اجمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه حتى
اوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره
لعدم ولايته عليه فالمال اولى واما المعقول فلان العاقل لا
يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او ماله فترجحت جهة
الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره
حتى لو اقر مجهول النسب انه رقيق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على
اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة
لان البينة انما صارت حجة بالقضاء والقاضي ولاية عامة فينفذ في حق
الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فيقتصر عليه
وحله لما ذكرنا الا اذا رده المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم رده
لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه
عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه اليه بطيب من نفسه
حينئذ فيكون هبة مبتداة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا
الماذون له يتأخر اقراره بمال ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر
بوطء امراة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجناية موجبة
للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا

علي

وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا
فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي ولا يمكنه القضا
بالمجهول فبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة
عليهم وبخلاف الجهالة في المقر له سوا تفاحشت الجهالة بان قال على
الف درهم لواحد من الناس او لم يتفاحش بان قال على الف لاحد هذين
لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبر على البيان من غير تعيين
المدعي ولا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الائمة رحمه الله وذكر شيخ
الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا تفاحشت
لا يجوز وان لم يتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذلك وفي مثله
يومر بالتذكر لان المقر ربما نسي صاحب الحق والجبر على البيان لانه قد
يودي الى ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لايصال الحق الى
مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا اعتق احد عبديه ثم نسيه
بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يودي الى ابطال
حقه وبخلاف اعتاق احد العبدين لان العتق لم يلاق المحل
فلا يودي الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ
من المقر واصطلحا بينهما امكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي
وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك على احدنا الف
درهم لا يصح لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال
ويجبر على بيانه لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا
لان هذا من الاسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة
لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرير
في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب
فيصح حتى لو فسره بالبيع او الاجارة لا يصح اقراره لان هذه

العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه
انه متى اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على انه
وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين
السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا
تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر الا يرى ان القاضي
لو راى انسانا يبيع شيئا غير معين او يشتري شيئا من غير تقدير
ثمن لا يجبره على التعيين فكذا اذا اقر به ولو عاينه يغصب شيئا
لا يعرف قدره او يودعه يامره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا
اقر به قال رحمه الله ويبين ما له قيمة لانه اخبر عن اللزوم
في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا
فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة او قطرة ما وما اشبه ذلك
لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري عليه التمانع ولو بين في
الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول اصح وعلى هذا
الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو اقر بغصب شي لا يسمع منه
الا اذا بين ما له قيمة لان لفظ الغصب يدل على انه يجري فيه التمانع
وهو المضمون ولو قال في قوله على حق ردت به حق الاسلام لا يصدق
لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال والقول للمقر
مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر قال وفي مال
لم يصدق في اقل من درهم يعني اذا قال لفلان على مال لم يصدق
في اقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة
وهو المعتبر قال ومال عظيم نصاب لانه اقر بمال موصوف
بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر
صاحبه غنيا واوجب عليه مواساة الفقرا وكذا عرفا حتى يعد

حب

من الاغنيا عاده وعن ابي حنيفه انه لا يصدق في اقل من عشره دراهم
لانه نصاب السرقه والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمه
ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو
قولهما ثم يعتبر ان يبلغ نصابا يوخذ من جنسه الزكاه من المال
الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في اقل من خمس
وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا يجب فيه الزكاه
من جنسه والاصح ان على قوله يبني على حال المقر في الفقر والغنا
فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم
وهو في الشرع متعارض فان المايتين في الزكوه عظيم وفي السرقه
والمهر العشره عظيمه فيرجع الى حاله ذكره في النهايه وحواشي
الهدايه معزيا الى المبسوط قال — واموال عظام ثلثه
نصب يعني من اي مال فسره به لان اقل الجمع ثلثه فلا يصدق
في اقل منه لما فسره به وان بينه بغير مال الزكوه يعتبر ان يبلغ قيمته
قدر ثلثه نصب ويعتبر الادنى في ذلك لما فسره به وينبغي على قياس
ما روي عن ابي حنيفه ان يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال —
ودراهم كثيره عشره وهذا عند ابي حنيفه وقالا لا يصدق في اقل صح
من مايتين لان صاحب النصاب مكثر ولهذا وجب عليه مواساه غيره
وله ان العشره اقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من
حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيره
عندهما يصرف الى النصاب وعنده الى العشره وعلى هذا اذا
قال على ثياب كثيره او وصايف كثيره فعنده عشره وعندهما يلزمه
ما يساوي مايتي درهم وان قال غصبته ابلا كثيره او بقرا كثيره او غنما
كثيره او حنطه كثيره يصرف الى اقل نصاب يوخذ منه ما هو من جنسه

عندهما

عندهما وهو خمسه وعشرون من الابل والثلاثون من البقر والاربعون
من الغنم وخمسه اوسق من الحنطه وعنده يرجع الى بيان المقر
ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي
لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني يقول يلزمه مايتان قال —
ودراهم ثلثه يعني اذا قال على دراهم يلزمه ثلثه دراهم لانه اقل
الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزايد على ذلك مشكوك فيه
وروى ابن سماعه عن ابي يوسف انه اذا قال له على دراهم مضاعفه
فعليه سته دراهم لان ادنى الجمع ثلثه وضعفها سته ولو قال
دراهم اضعافا مضاعفه يلزمه ثمانيه عشر درهما لان اضعاف
لفظ جمع واقله ثلثه فيصير تسعه ثم بالمضاعفه تصير ثمانيه عشر
وكذا اذا عكس بان قال على دراهم مضاعفه اضعافا لانها بالمضاعفه
تصير الثلثه سته ثم بالاضعاف وهو جمع تصير ثمانيه عشر قال —
ولو قال كذا درهما درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمه والذخيره
وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كنايه عن العدد واقل العدد اثنان
اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شي اخر وفي شرح المختار قيل يلزمه
عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب
يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روي عن محمد
انه يلزمه مايه لانها اقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال
على درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه
فلا يزداد قدره بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال على دريهم فعليه درهم
تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن
والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير
لان التعامل يجري على المعتاد عاده فالعرض عند الاتجه

(margin: بقول — عفه)

قال كذا كذا احد عشر لذا وكذا احد وعشرون ولو ثلث بلا واو
يزاد مائه ولو ربع زيد الف لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على
نظيرها من المفسر واقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما
احد عشر ومع حرف عطف بينهما احد وعشرون ومثله اعداد ذكر في
عطف مائه واحد وعشرون والعدا اعداد بثلث حروف العطف مائه
واحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب احد عشر لانه لا نظير له
فلا يزاد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة الاف درهم
ولو سدس يزاد مائه الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما
زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى
ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه احد عشر منهما بالسويه لانه ذكر
عددا مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما
بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل
واحد منهما احد عشر لانه اضاف كل واحد من العددين الى كل واحد
من المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال على احد عشر درهما
ودينارا لزمه من كل واحد منهما النصف ولو قال على احد عشر
درهما واحد عشر دينارا يلزمه من كل واحد منهما احد عشر والاصل
فيه انه متى ذكر مقدارا واضافه الى صنفين من المال يجب نصف
كل واحد منهما كما اذا اقر لرجلين ينقسم عليهما نصفين مثاله
اذا قال على مائه مثقال ذهب وفضه او كر حنطه وشعير
يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال الغلان على عشرة دراهم
ونيف فالبيان في النيف اليه فان فسره باقل من درهم جاز لان النيف
عبارة عن الزياده لغة قال اجبل منيف اذا كان زائدا على الجبال ولو
قال على بضعه وعشرون درهما لزمه ثلثه وعشرون لان البضعه

اوتار

اوتار العشرة ثلثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل للتيقن
به قال على وقبلي اقرار بالدين لان كلمة على للوجوب واشتقاقها
من العلو ولنا يعلوه اذا كان دينا في ذمته بحيث لا يجد بدا من
قضائه ليخرج عنه وكلمة قبل تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان
اى ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمي الصك الذي
هو حجة الدين قباله لانه يحفظه كالضامن ولو قال المقر بهما
اردت به وديعه ووصل صدق لانهما يستعملان للوجوب والحفظ عن مع
واجب على المودع والمال محله فجاز ذكر المحل واراده الحال
مجازا والمحل خلاف الظاهر فلا يصدق فيه عند الاطلاق ويجوز
تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا يجوز منفصلا لانه
يقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات
من الاستثنا والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري في قوله
قبلي انه اقرار بالامانه لان اللفظ ينتظمهما يقال ليس لي قبل
فلان دين وليس لي قبل فلان وديعه ولذا اذا قال ليس لي قبل فلان
حق يكون بريا عن الدين والامانه جميعا وهذا لان حقيقتها
عبارة عن الجهه فيتناولهما والامانه ادناهما فيحمل عليه والاول
هو المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب
قال عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي امانه لان هذه
المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمه والعين يحتمل ان
يكون مضمونه وامانه والامانه ادناهما فيحمل عليها للتيقن وهذا
لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما من بعض فيكون
من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن
واذا كانت من خصائص العين تعينت الامانه لما ذكرنا ولان هذه

الكنايات في العرف والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام
يحمل على العرف قال ـــــ لو قال لي عليك الف فقال اتزنه
او انتقده او اجلني به او قضيتكه او احلتك به فهو اقرار وبلا
كناية لا لان لها كناية عن المذكور في الدعوى فجميع ذلك فصار كانه
اعاد المدعى فيكون اقرارا لها بخلاف ما اذا لم يذكر فيه ضمير الالف
لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدا فلا يلزمه
شي وهو المراد بقوله بلا كناية لا والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة
الخطاب ليفيد الكلام وكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتدا يجعل
جوابا وما يصلح للابتدا لا للبنا او يصلح لهما فانه يجعل ابتدا
لوقوع الشك في كونه جوابا لئلا يلزمه المال بالشك فان ذكرها
الكناية يصلح جوابا لا ابتدا واذا لم يذكر الكناية لا يصلح جوابا او يصلح
ابتدا وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا
وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل
وقد اخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد
فيه ولو ادعى انه ابراه منها او تصدق عليه بها او وهبه اياها كان
اقرارا لان هذه الاشيا تلو الوجوب فيكون اقرارا بها والدعوى
الحالة بها يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا اقضيكها او لا ازنها
لك اليوم لانه نفي القضا والوزن في وقت معين وذلك لا يكون
الا بعد وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل المال واجبا
عليه فالقضا مستحيل ابدا ولو قال رجل لاخر اعطني ثوب يكون صح
عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا لو
قال افتح باب داري هذه او جصص داري هذه او اسرج دابتي
هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا

منه

منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كما
يصير لغوا ولو قيل له هل لفلان عليك كذا فاوما براسه بنعم
لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام النطق لا من
غيره ذكره في الكافي قال ـــــ وان اقر بدين مؤجل وادعى
المقر له انه حال لزمه حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى
حقا على المقر له فاقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة
كما اذا اقر بعبد في يده لرجل وانه استاجره منه فانه يقبل اقراره
له به ولا تسمع دعواه الا بحجة بخلاف ما اذا اقر بالدراهم السود
فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه السود
ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول
المقر في النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط
فالقول قول المنكر في العوارض وبخلاف اقرار الكفيل بالدين المؤجل
حيث يكون القول قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة
نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا
المسئلة في الكفالة وخلاف ابي يوسف والشافعي فيها قال ـــــ
وحلف المقر له على الاجل لانه المنكر للاجل قال ـــــ على مائة ودرهم
فهي دراهم ومائة وثوب يفسر المائة اليه يعني يرجع المدعي
لتفسير المائة وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلثة اثواب حيث
تكون الاثواب تفسيرا للمائة ايضا والقياس ان يرجع اليه في تفسير
المائة اليه في قوله مائة ودرهم كما في قوله مائة وثوب او مائة وثوبان
وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين
والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت المائة

ن
الاجل

على ايهامهما كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان ان عطف
الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس
استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري
فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون لانهم
يذكرون مرة لكثرة اسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيره
مما ليس من المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها في
الذمة في جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها
في الكلام والاكتفا بالثاني للكثرة ولم يوجد فبقي على القياس بخلاف
قوله مائة وثلثة اثواب حيث يكون الاثواب تفسيرا للمائة ايضا
ويستوي فيه المقدرات وغيرها لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما
تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالاجماع لان عادتهم
جرت بذلك الا ترى انهم يقولون احد وعشرون ثوبا وثلثة وخمسون
درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير وفي النهاية
روى ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب
وهذا في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة
واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة
واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا
للمبهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون
عند ابي حنيفة ولو قال لفلان على نصف درهم ودينار وثوب فعليه
نصف كل واحد منها وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه
الجارية لان الكلام كله وقع على شيء بغير عينه او بعينه فينصرف
النصف الى الكل كانه قال على نصف هذا ونصف هذا الى اخره
بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بان قال نصف

هذا الاقرار

هذا الدينار ودرهم حيث يجب الدرهم كله ولو قال عشرة
دراهم ودانق او قيراط فهو من الفضة لان الاكتفا بالتفسير الاول
شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلثمائة سنين وازدادوا
تسعا يعني من السنين قال **لو اقر بتمر في قوصرة لزماه**
يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصب تمرا في قوصرة
ووجهه انه اقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك
بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان
كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق
او في السفينة قال **ودابة في اصطبل لزمته الدابة**
فقط لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس
قول محمد يضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت والاصل في جنس
هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة ينظر
فان امكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة
عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو
ادعى انه لم يكن الظروف لا يصدق لانه اقر بغصب تام اذ هو
مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب المنقول
متصور عنده وان لم يمكن ان يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول
كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له
قال **وخاتم له الحلقة والفص** لان الاسم يشملهما قال
وسيف له النصل والجفن والحمائل لان اسم السيف ينطلق
على الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع حمالة
بكسر الحاء وهي علاقته قال **وحجلة له العيدان والكسوة**
لان الاسم يطلق على هذه عادة وهي العشرة في الباب والحجلة

عن

بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود والديدان في
جمع دود قال وثوب في منديل او في ثوب لزماه لانه ظرف لـه
وهو يمكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت
اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار
مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشي من محل لا يكون
مقتضيا غصب المحل هذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال
وثوب في عشرة له ثوب وهذا عند ابي يوسف وقال محمد عليه احد عشر
ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا
لقوله حنطة في جوالق وحمل كلامه على التقديم والتاخير فيصير
كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي يوسف وهو قول ابي حنيفة
اولا ان العشرة لا يكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة
كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها ولان الثوب اذا لف في ثياب
كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب
الذي هو ظاهر ولا يتحقق ان يكون الكل ظرفا لواحد فلغا اخر
كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه احتمالا لايجاب
المال مع الاحتمال لان في قد يكون بمعنى بين قال الله تعالى فادخلي
في عبادي اي بين عبادي فلا يجب بالشك وقولـه النفيس من
الثياب قد يلف في عشرة اثواب منقوض بما اذا غصبت منه قال صح
كرباسا في عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا
قال وخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة وقال زفر عليه
عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب
لانهم به ارتفاع احد العددين بقدر العدد الاخر ولزفر ان حرف يريدون صح
في يستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي معهم وهو
الفاشي

الفاشي بين الكافة وانما يراد به ارتفاع احد العددين بقدر الاخر
عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقته في ان
تكون للظرف ولا يتصور ان تكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز
المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد
منهما للجمع فصحت الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي
الظرفية لغا ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانها تستعمل
بمعنى الواو والاتصال بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع
على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون لاصلبنكم في جذوع
النخل اي على جذوع النخل واذا كان بمعنى على لا يقتضي وجوب
الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض اولى من البعض
فلغت لما ذكرنا ان الظرفية اذا تعذرت يلغو فصار كما اذا قال على
درهم في درهم اذ لا فرق بينه وبين قوله على خمسة دراهم في خمسة
دراهم لان الموجب للالغاء فيه هو تعذر الظرفية وهما فيه سوا
وما ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك في الممسوح على ان
الارتفاع الذي ذكر يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد ومحلكه
وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب
قال وعشرة ان عنى مع اي يلزمه عشرة ان اراد به معنى مع
لان اللفظ وهو حرف في يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى محتمل كلامه
صحت نيته لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في
موضعه قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة
له تسعة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرة كلها وقال
زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخر حدا
والحد لا يدخل في المحدود فلا يدخل الغايتان فصار كما اذا قال

لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين فان
الحائطين لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد ان الغاية
لا بد ان يكون موجودا اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود
ووجوده بوجوبه فيدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه
موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله ان الغاية لا تدخل في المغيا
لان الحد غير المحدود وهذا هو الاصل كما قال زفر لكن ههنا لا بد
من ادخال الغاية الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون
الاول اذ لا يعقل ثاني بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة
ولا ضرورة في ادخال الثانية فاخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولان
العدد يقتضي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون ابتداء صار الثاني
هو الابتداء فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتداء كالاول وكذا الثالث
والرابع الى اخره فيؤدي الى خروج الكل من ان يكون واجبا فكان
باطلا ولو قال علي لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند ابي حنيفة
كر حنطة وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الاخير من الشعير هو الغاية
الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو قال له علي عشرة دراهم الى
عشرة دنانير فعند ابي حنيفة يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما
يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير ذكر المسائل في النهاية قال
له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما فقط لما
ذكرنا ان الغاية لا تدخل في المغيا قال رحمه الله وصح الاقرار
بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا والا فلا وقوله ان بين سببا يتعلق
بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذي يشترط فيه بيان السبب
الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا بان قال مات ابوه فورثه او
اوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد

يجوز

يجوز الوصية له وان لم يبين السبب واما الاقرار بالحمل فجائز
بالاجماع وان ابهم السبب لمحمد في الخلافية ان الاقرار حجة موجبة
فيجب اعماله ما امكن وقد امكن حمله على السبب الصالح
لانه يحتمل انه ورثه او اوصى له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان
فصار كاقرار العبد المأذون له او الصبي المأذون له في التجارة
فانه يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد بان لزمه مال ليس من التجارة
ولهذا اجاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف ان جوازه له
طريقين الارث والوصية وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل
كمن اشترى عبدا بالف ثم باعه وعبدا اخر معه من البائع بالف
وخمسمائة فانه يبطل في العبد المشترى وان امكن جوازه بان يجعل
الالف واكثر حصة المشترى والباقي في حصة الاخر بخلاف اقرار
المأذون له في التجارة لان للصحة جهة واحدة وهي التجارة وبخلاف
الاقرار بالحمل لان للصحة جهة واحدة وهي الوصية على ما قال لان
الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا لا يجوز اقرار العبد المأذون
له ويفسد اقرار احد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز
ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلي عليه
احد فيبطل وحاصله ان المسألة بثلاث صور اما ان يبهم الاقرار
فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان
يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضي
الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال
رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما
هو بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان احدا من اوليائه بالعقد

عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيصرفه ويضيفه الى الجنين ايضا
مجازا كما يقال بني فلان دارا وان كان الباني غيره وهم الاجراء اذا
صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان موجودا
وقت الاقرار او يحتمل وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر
اذا كانت ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا
كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر به وان ولدته ميتا
يرد الى ورثة الموصي او ورثة ابيه وان ولدت ولدين فان كانا
ذكرين او انثيين فهو بينهما نصفان وان كان احدهما ذكرا والاخر
انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد
ذكرنا ان الاقرار بالحمل جائز بالاجماع وان ابهم ولم يبين السبب وذكرنا
الفرق لابي يوسف بينه وبين الاقرار ثم ان كان المقر به حمل جارية
فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار او احتمل ذلك
على الوجه الذي بينا وان حمل بهائم تقدر بادنى مدة يتصور ذلك
عند اهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال وان اقر
بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط معناه انه اذا قال على
لفلان الف درهم قرض او غصب او وديعة او عارية قائمة او
مستهلكة على اني بالخيار ثلاثة ايام وانما لزمه لان الاقرار صحيح ملزم به
على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار
لا يقبل الخيار لان الخيار لتغير به صفة العقد ويتخير من له الخيار
من فسخه وامضائه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا
فهو صدق اختار او لم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا
بعدم اختياره فيتعين الالغاء ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط
والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعلام

واما

واما اذا قال على الف درهم من ثمن مبيع بعته على اني بالخيار
صح وبطل الخيار اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك بينة لان
المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت صحته وان كذبه المقر له
لم يثبت الخيار وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل
والقول في العوارض قول المنكر وان اقر بالدين بسبب كفالة على انه
بالخيار في مدة معلومة طويلة او قصيرة جاز ان صدقه المقر له لان
الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه لان الكفالة عقد يصح فيه
خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها افعال لا تقبل الخيار
فكذا الاقرار بها باب الاستثناء وما في معناه
الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند
الشافعي بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جار في الطلاق والعتاق
ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع ويظهر
ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على الف درهم الا مائة او خمسين
فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول
شككنا في المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك فصار
نظير ما لو قال على تسعمائة او تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل
الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله
قال رحمه الله صح استثناء بعض ما اقر به متصلا ولزمه الباقي
لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا وصار استثناؤه فيلزمه كانه تكلم بالباقي
ابتداء ثم اطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير بشيء دليل
على ان الاكثر يجوز وهو المذهب وقال الفراء لا يجوز لان العرب لم تتكلم
به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال الله تعالى لاغوينهم
اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان

الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما كان الاكثر لزمه وقال الشاعر أَدّوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالعدل حكّام .. استثنى تسعين من مائة وان لم يكن بأداته لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثنا الاقل والاكثر وان لم يتكلم العرب به ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثنا الكسور لم يتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ان يكون الاستثنا مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح قال لا استثنا الكل اى لا يصح استثنا الكل لان الاستثنا تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شي ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثنا بلفظ المستثنى منه مثل ان يقول على عشرة الا عشرة او يقول هولا احرار الا هولا واما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان اتى على الكل وذلك مثل ان يقول عبيدى احرار الا هولا او يقول نسائى طوالق الا هولا او يقول عبيدى احرار الا مباركا وسالما وبزيعا او يقول نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نسا غير المستثنى صح الاستثنا فلا يعتق احد منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقا شي من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثنا ولا يشترط حقيقة البقا لان الاستثنا يتبع صحة الكلام لفظا لا الحقيقة ما دخل تحته الا ترى انه لو قال لامراته انت طالق الفا الا تسعمائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلث كما اذا قال انت طالق ثلثا الا ثلثا وعلى هذا لو قال اوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثنا ويأخذ الموصى له ثلث ماله

ولو قال

ولو قال اوصيت له بثلث مالى الا الفا وثلث ماله الف لا غير صح الاستثنا ولا يستحق الموصى له شيا لما ذكرنا انه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظي فينبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثنا بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثنا قال وصح استثنا الكيلى والوزنى من الدراهم لا غيرهما حتى اذا قال على الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا صح وكذا لو قال على مائة دينار الا قفيز شعير او الا عشرة دراهم صح وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر لا يصح ولو قال على مائة درهم الا ثوبا لا يصح باتفاق اصحابنا وقال الشافعي يصح فيهما يعني في المثلى وغيره لان حكم الاستثنا امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال على عشرة الا خمسة يصير كانه قال الا خمسة فانها ليست على فاذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فان كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان وللجمهور ان الاستثنا اخراج لبعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثنا لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابي يوسف ان القياس ما قاله محمد وزفر لما بينا الا انهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناوها باعتبار المعنى لان

الاستثنا استخراج بطريق المعنى على ان يصير الكلام به عبارة عما
ورا المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت
عند اختلاف المحل لان انتفا احدهما لا ينافي ثبوت الاخر فلا يتعارضان
ولان العدد لا يقدر ان ينفي ما علته من الواجب بطريق المعارضة
فانه اذا اقر به لزمه ولا يتصور ان ينفي بعد ذلك بانكاره ولو كان
بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ وكذا
كان يستوي فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط ان يكون
مقارنا وانما ذلك في المغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة
لكان احدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القران قال الله تعالى
فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه
فيهم الف سنة ثم اخبر انه لم يلبث خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى
الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا كانه قال فلبث فيهم
تسعمائة وخمسين عاما لانك اذا قلت على عشرة الا خمسة اسم للخمسة
كانك قلت على خمسة لا انك اقررت بعشرة ثم اسقطت الخمسة بعد
ذكر بكلام معارض والمعدود الذي لا يتفاوت احاده كالفلوس مثل
المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير قال
ولو وصل اقراره بان شا الله بطل اقراره لانه ابطال او تعليق على ما بينا
في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فلذلك
لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على الف درهم
ان شا فلان كان الاقرار باطلا وان شا فلان لانه علقه بشرط فيه
خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه
اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صادقا لا يصير كذبا
بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق

ع
فصح

به اصلا ولكن التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس بايقاع
ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان
دخلت الدار او مطرت السما او هبت الريح او ان قضى الله تعالى
او اراده او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان يسر لي الله
فهذا كله وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي
ذكرنا ولو قال اشهدوا ان له على الف درهم ان مت وهو عليه
ده
ان مات او عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده
ان يشهدهم على المال المقر به حتى لا يبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا
بعد موته اذا جحد الورثة فيكون راجعا الى تاكيد الاقرار فيلزمه
المال عاش او مات وكذا لو قال على الف اذا جا راس الشهر او افطر
الناس او الى الفطر او الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو
دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا ودعواه
الاجل لا تقبل الا بحجة هكذا ذكره في النهاية وذكر في المحيط في
باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسلة فقال الاصل ان تعليق
الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق
والكائن لا يتعلق بالشرط وانما يتعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا
عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب
كاتبه فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا
ط بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغا تعليق الاقرار بالشرط
الا اذا كان الشرط سببا لحلول الاجل والموت ومجي الغد فيصح
تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن حلول الاجل هكذا
ذكره في مسائل المبسوط وذكر في النهاية في اوائل هذه المسلة
معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد امس ان

شا الله لم يلزمه شي استحسانا والقياس استثناوه باطل لان ذكر
الاستثنا بمنزله ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاات دون
الاخبارات ولكنه استحسن وقال الاستثنا يخرج الكلام من ان
يكون عزيمه الا ان يكون عزيمه لا ان يكون في معنى الشرط الا يرى
ان موسى عليه السلام لم يعاتب على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوتب
لان الوعد من الانبيا عليهم السلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون
الا بكلام هو عزيمه وهذا يشير الى ما قال في المحيط وشرط في المختصر
ان يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يوثر خلافا لابن عباس وهو استدل
بما روي انه عليه السلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنه
ان شا الله ولنا هو بغير والمعنى لا يصح الا متصلا كالشرط
واستثنا النبي عليه السلام كان لامتثال امر الله تعالى بقدر الامكان
لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا في كتاب الطلاق هل هذا الاستثنا تعليق
بشرط لا نعلم وجوده او ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين ابي يوسف ومحمد
فلا نعيده قال ـــــ ولو استثنى البنا من الدار فهما للمقر له لان البنا
دخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار وصفا لا يسقط باستحقاقه
قبل القبض شي من الثمن وانما يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر الاوصاف
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لان اجزا الدار داخله تحت
لفظ الدار فصح استثناوها ولهذا لو استحق هذا الجزء او فات قبل
القبض يسقط حصته من الثمن والطوق في الجاريه والفص في الخاتم
والنخله في البستان نظير البنا في الدار قال ولو قال ـــــ بناوها لي والعرصه
لفلان فهو كما قال لان العرصه عبارة عن البقعه دون البنا فصار
كانه قال بياض هذه الارض دون البنا لفلان بخلاف ما اذا قال مكان
العرصه الارض بان قال بناها هذه الدار لي وارضها لفلان حيث يكون

له البنا ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البنا بخلاف ما اذا
قال بنا هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما
ما اقر له به لانه لما اقر بالبنا لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه
باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسله
الاولى لان البنا مملوك له فاذا اقر بالارض لغيره يتبعها لان
اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال الارض هذه الدار لفلان كان الكل
للاول لانه لما اقر بالارض له ملك البنا تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك
انه لغيره ولو قال بنا هذه الدار لفلان وارضها لفلان فلكل واحد
منهما ما اقر له به لقيام ملكه عند الاقرار لهما فينفذ ويخرج جنس
هذه المسايل مبني على ان دعواه لنفسه لا يمنع صحه الاقرار به لغيره
وان اقراره لا يقبل في حق غيره قال ـــــ ولو قال على الف من ثمن
عبد لم اقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه الالف والا فلا
اي ان عين المقر العبد وسلمه المقر له الى المقر لزم المشتري الثمن
بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفه فيلزمه على الصفه التي
اقر بها وهذه المسله على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه
وسلمه اليه وحكمه ما ذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت
عيانا والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك
عبدا اخر وسلمته اليك والحكم فيه كالاول لانهما اتفقا على
ما اقر به من ان كل واحد منهما يستحق ما اقر به غير انهما اختلفا
في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب
عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا اقر له بغصب الف
درهم فقال المقر له هي قرض فانه يومر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق
والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم

وبناؤها لي والعرصة لفلان صح

ولو استثنى البنا ... الارض للمقر ... صح

المقر لما ذكرنا انه اقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا
يلزمه بدونها والرابع ان يقول المقر له لم ابعك هذا العبد ولكنا
بعتك عبدا اخر فحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو
يوجب التحالف قال وان لم يعين لزمه الالف لقوله
من ثمن خمر او خنزير اي ان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا
اقر بالف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض
المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل ام فصل وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان وصل صدق في المسئلتين فلا يلزمه شيء وان فصل لم يصدق
اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد او خمر لانه اقر له بالمال
وبين سببه وهو غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت
الجهالة عند العقد او لعلة بالاختلاط بامثاله لانه يفسد به العقد
او يهلك به المبيع قبل القبض ولا يجب به الثمن وان ثمن الخمر لا يجب
وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط
والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة رحمه الله ان صدر
كلامه لما كان للوجوب فاثباته في اخره ما ينافي الوجوب رجوع عنه
فلا يصح موصولا كان او مفصولا ولان المقر لو ادعى تأخير الثمن الى شهر
لا يقبل اقراره في التأجيل ويجب عليه حالا لان في اضافة البيع
الى المجهول وانه يؤدي الى التأخير ابدا كان اولى بيانه ان الثمن لا
يجب تسليمه الا بعد احضار البائع المبيع فلو احضر البائع عبدا
ليسلمه اليه فللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وكذا في الثاني
والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل البائع الى قبض الثمن ابدا فكان
باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتأتى فيه ذلك
لا يؤدي الى البطلان فلزمه على الوجه الذي اقر به على ما

بينا

بينا هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال
بعتكه فكذلك عند ابي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا
يسقط عنه الا ان اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول اذا ام
قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل ام وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما
بقي امر القبض مجملا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان
الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد
فصار كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدقه في السبب حيث
لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصولا وهنا لا تغيير
فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصولا
وموصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه كان
القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما اقر بوجوب
الشراء منه ومجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط
الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد
اقرارا بالقبض ولا يجب بخلاف ما تقدم عند ابي حنيفة مطلقا وعندهما
اذا فصل البيان لانه قد اقر هناك بالوجوب فلا يسقط باخر كلامه
على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان علي الف درهم حرام او ربو لزمه
له لاحتمال ان يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان علي الف درهم
زورا او باطلا ان صدقه المقر له فلا شيء عليه وان كذبه لزمه ولو اقر
انه باع عبده هذا من فلان وادعى انه لم يقبض الثمن وحبسه كان
له ذلك لان العبد في يده فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره تقيد على
الوجه الذي اقر به وكان القول له اذا انكر المقر له قال ولو
قال من ثمن متاع او قرض وهي زيوف او نبهرجة لزمه الجياد بخلاف
الغصب والوديعة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل

صدق وان فصل لا يصدق وقال في الهداية وعلى هذا الخلاف
اذا قال هي ستوقة او رصاص وذكر في النهاية لابي يوسف فيهما
روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان لهما انه تفسير مغير
فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف
حقيقة حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف والسلم جاز والستوقة
مجازا الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان
تسبق اليها فكان مغيرا للاصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل
كما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابي حنيفة
ان هذه الاشياء عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها
رجوع عن بعض ما اقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا
وقال المشتري بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص
ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن المسمى فكان رجوعا بخلاف قوله
الا انها وزن خمسة لانه استثناء المقدار فصار مغيرا فيصح الوصل بشرطه
وبخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا
رديئة حيث يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق
العقد لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها
ولا يصح استثناؤها على ما ياتي في استثناء البناء بخلاف ما اذا اقر
بغصب الف درهم او بالوديعة حيث يقبل قوله في هذه الاشياء لان
الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف
ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله الا انه في الزيوف
والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانها نوع من
الدراهم وقد يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض
كان القول قول القابض ضمينا كان او امينا وفي الستوقة لا يصدق

الا

الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم ولكنها تسمى بها الاسم مجازا
فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض
يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة والظاهر هو
الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع وعن ابي يو سف
انه اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل
كما في القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال
لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا
اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة بدونه وقيل
هو على الخلاف لان مطلق الوجوب محمول على انه وجب عليه
بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال
ولو قال الا انه ينقص كذا متصلا صدق وان فصلا لا لانه استثناء
المقدار فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير
مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس او بسبب دفع
السعال فعن ابي يوسف انه يصح اذا وصله به وعليه الفتوى
لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في اخره
ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون
عليهم حرج وعليه الفتوى قال ومن اقر بغصب ثوب وجاء
بمعيب صدق لان الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما
بينا قال وان قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال
اخذتها غصبا فهو ضامن لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ
لان الاخذ بالغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن

بالاخذ والاخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان
على المقر باقراره بسبب الضمان لان يملك الخصم على اليمين وهذا
بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها فرضاخت يكون القول قول
المقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك
لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان
فالمالك يدعي عليه العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر وعلى
هذا اذا اقر باخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل اخذته بيعا
كان القول قول المقر لما ذكرنا قال ولو قال اعطيتها
وديعة وقال غصبتنيها لا اي لو قال المقر اعطيتني الف درهم
وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتنيها مني لا يضمن المقر
لانه لم يقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا
يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب
الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار
بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطاء فلا
يوجب الضمان فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه فيوجب
ان يكون الاقرار بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين
يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له فلا يثبت الا ضرورة فيتقدر
بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لانه عادم
في حق غيره قال وان قال هذا كان وديعة لي عندك
فاخذته فقال هو لي اخذه لان المقر اقر له باليد ثم بالاخذ منه وهو
سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا يقبل
دعواه فوجب عليه رد العين ان كان قائما والا فقيمته وكذا
لو قال اقرضتك الف درهم ثم اخذتها منك يجب على المقر دفعها

الى

الى ما ذكرنا قال رحمه الله وان قال اجرت فلانا دابتي او ثوبي
هذا فلان ركبها او لبسه فرده فالقول للمقر وهذا عند ابي حنيفة
وقالا القول قول من اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس
وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة او الاسكان ثم اخذه منه ثم
وجه القياس انه اقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل
اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة
والقرض على ما مر ووجه الاستحسان ان اليد في الاجارة تثبت
ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا
باليد لهما مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر خلافا لو
والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما
باليد ولان اليد في الاجارة والاعارة او نسبناه من جهته
فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسألة الوديعة
والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بان
تهب به الهوا وتلقيه في داره حتى لو قال اودعتها كان
على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة
ونحوها خلافا لما توهم على القمي فانه جعل مدار الفرق ذلك
وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرفين الآخرين نصا
في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة
معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع وعزاه
الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه فلان بنصف درهم وكان
ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف
في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم فانهم
قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس كذلك ولو قال اقتضيت

ودلعه

من فلان الف درهم كانت لي عليه وانكر المقر له كان القول
قوله فله ان ياخذها منه وهذا الظهور لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه
اخذه منه اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها
فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه
من الضمان وهو تملكه عليه بما ادعاه من الدين مقاصة والاخر ينكره فكان
القول قوله بخلاف دعوى الاجارة واشباهها لانه لم يقر له فيها
بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد منه ما يدل على الاقرار
بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا لو اخذنا الناس في الاعارة
والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين والحاجة
ماسة اليهما فلا يواخذون به استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا
زرع هذه الارض وبنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في
يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر
لا بل استعنت بك ففعلته او فعلته باجر كان القول للمقر لانه لم يقر
له باليد لا صريحا ولا اقتضاء وانما اقر بمجرد فعل منه وذلك يتحقق من غير
ثبوت يده عليه بان يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك
فلا تقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم
ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصور فعله في يد المقر
وفي يده بخلاف ما اذا اقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا يكون الا
باليد فيكون الاقرار له به اقرارا له باليد ولو اقر ان هذا اللبن وهذا
السمن او هذا الجبن من بقر فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا
الثمر من نخله وادعاه فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بذلك
الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل قال ولو
قال هذه الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول

وعلى

وعلى المقر مثله للثاني لانه لما اقر به للاول صح اقراره له وصار ملكا
له وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع
فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقر
له بها وقد اتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره
للاول في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب
عليه للثاني لانه لم يقر بالايداع منه وانما اقر به للاول ثم رجع وشهد
به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسئلة الكتاب اقر
بالايداع من الثاني وقد عجز عن رده لو دفعه بفعله فصار مستهلكا
لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان قال لفلان على الف
لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه عن الاول
لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا بان قال
لفلان على الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما استحسانا وهو الالفان
والقياس ان يجب عليه المالان وهو ثلاثة الاف وهو قول زفر
لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع
عن الاول لا يصح واقراره بالمال الثاني صحيح فيلزماه فصار كما اذا اختلف
المقر لهما على ما بينا او اختلف جنس المالين بان قال لفلان على الف
درهم لا بل الف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا
هذا وجه الاستحسان انهما اقراران لانه لا يملك الرجوع
عن الاول للمقر عند اتحاد الجنس والمقر له امكن جعله تكرارا كما
اذا اقر له مرتين بان قال لفلان على الف درهم ثم قال له على الفان
لان الرجل يعيده يجب عليه الفان ههنا هذا ولا يمكن ذلك
عند اختلاف الجنس او اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس
يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن

الاول والاقرار به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان
ذلك في الوصف بان قال علي الف درهم جياد لا بل زيوف او الف
زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط
في الصفة فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط
في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد لان الادنى داخل في الاجود
كما ان الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة
دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله لانه اقر
بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه
للثاني مثلها ولو قال غصبت من فلان الف درهم وفلانا مائة دينار
وفلان كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك
ورجوع عن الخبر فصح اقراره لا رجوعه والله اعلم

باب اقرار المريض دين الصحة وما لزمه في

مرضه بسبب معروف مقدم على ما اقر به في مرض موته وقال الشافعي
رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب
الوجوب وهو الاقرار وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في
حالة الصحة والمرض فيستويان في الوجوب وصحته لصدوره عن
عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا
المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد رجحان
جهة الصدق لان المرض سبب الورع والانابة فاذا استويا في سبب
الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه
بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج بمهر المثل ولنا ان الاقرار
غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير الا ترى انه اذا رهن شيئا او
اجر ليس له ان يتصرف فيه بما فيه من ابطال حق الغير وهنا الصا

في اقراره ذلك لان حق اصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا
منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث بخلاف
ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات
كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة
في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم ايضا لان حقهم في المالية وهي باقية
وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج الاصلية كما
في ملبسه ومسكنه وثمن الادوية واجرة الطبيب وهو كذلك مقدم
على حق الغير بخلاف حالة الصحة حيث يتعلق حق الغرماء باقراره لان
حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرع مطلقا لقدرته
على الاكتساب وحالة المرض حالة العجز فيمنع حتى لو اقر بعين في يده لاخر
لا يصح في حق غرماء الصحة والمرض باسباب معلومة ولا يجوز للمريض
ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا
اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد
علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل اخرجه عن ملكه
الى محل حصله فصار كما لو رد عين ما استقرضه الى المقرض او رد
المبيع بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد
اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امراة واعطاها المهر حيث يكون لهم ان
يشاركوا المراة فيما قبضت وكذا اذا استاجر شيئا واوفى اجرته فانهم
يشاركونه لانه اخراج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه
في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كانه قضى حق بعض
الغرماء ولهم فيه ان يشاركوه وكذا هذا فان قيل يصح اقراره لوارث
اخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره
فوجب ان يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرماء

بالمزاحمة ايضا بل اولى لانه ادنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث
المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا
مضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود
عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانه ورث
بالموت فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمتنع من ذلك في حقهم ودين
المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان احوال المرض
كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيهما السابق واللاحق
كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق بخلاف حالة
الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيقدم
دين الاطلاق على ما اقر به في حالة الحجر كالعبد المأذون له اذا حجر عليه
ثم اقر بما في يده يقبل اقراره به ويقدم فيه دينه في حالة الاذن لما ذكرنا
فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس ان لا ينفذ الا من
الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين
فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه
قال اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر
لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي عليه
السلام ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع
الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه على ما بينا
لان شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا تقدم كفنه عليهم قال
واخر الارث عنه اي عن الديون التي اقر بها في حالة المرض لما بينا انفا
قال وان اقر المريض لوارثه بطل الا ان يصدقه بقية الورثة
وقال الشافعي يجوز اقراره له بناء على اصله انه لا حجر عليه فيما فيه فكاك
رقبته لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار
كاقراره

كاقراره لاجنبي ولوارث اخر ولوديعة مستهلكة للوارث وهي معروفة
ما لو اودعها على رؤوس الاشهاد ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث رث
ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك ماله وان اقر لوارث
فهو باطل الا ان يصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله
بعد ما تعلق حق جميعهم به ولا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية
له وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يملك من ابطال حقهم
بالاقرار للورثة كما لا يملك بالوصية لهم وهو القياس في الاقرار
للاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته
حذرا من توى اموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج عليه
حرجا عظيما فلا يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر
عليه في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى
فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة او يمكن التحرز عنه
من غير حرج ولا يؤدي الى سد بابها والاقرار بالنسب من حوائجه
الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة
ولان الاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم بالموت
بشرط ان يتحد بينهما وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره قصدا فافترقا
ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرنا
فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها الا ترى انا لو
كذبناه لمات وجب الضمان في ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة
فلا فائدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره
باستهلاكها الا ان يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا
صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على

وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية قال وان اقر
لاجنبي صح وان احاط بماله والقياس ان لا يصح اصلا لما فيه حق
الوارث كما زاد على الثلث تبرعا به وقد ذكرنا جوابه وهو
وجه الاستحسان قال وان اقر لاجنبي ثم اقر ببنوته
ثبت نسبه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها صح بخلاف الهبة
والوصية حيث لا يصحان لها ايضا لانه لا يصح للوارث وقال
زفر يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة عند الموت فحصلت
التهمة وهي المعتبر في الباب فصار كما اذا وهبها او اوصى لها وهي
اجنبية ثم تزوجها فانها لا يجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف
الهبة والوصية ولنا ان النسب يستند الى حالة العلوق فتبين
ان البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فانها
حادثة فيكون مقتصرا على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا
لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيئا او اوصى لها
بشيء ثم تزوجها حيث يبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك
بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا يصح والهبة في المرض وصية
حتى لا ينفذ الا من الثلث على ما ياتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى
فصارت كالوصية فحاصله ان الوصية لا يعتبر الا عند الموت
على كل حال واما الاقرار فلا يخلو اما ان يكون المقر له وارثا وقت
الاقرار دون الموت او كان وارثا فيهما ولم يكن وارثا فيما بينهما او لم يكن
وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار
دون وقت الموت بان اقر لاخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه
وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بان اقر لامراته
ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها او والى رجلا فاقر له ثم فسخ الموالاة

ثم عقدها ثانيا لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف لان المقر متهم في
الطلاق وفسخ الموالاة ثم عقده ثانيا وعند محمد يجوز لان سقوط
امتناع الاقرار ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق
ولانه لما صار اجنبيا نفذ الاقرار كما لو انشاه في ذلك الوقت
الا ترى انه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا
وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب
كان قائما وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل
الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب حادث كالتزوج وعقد
الموالاة جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت
الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا ان الاقرار حين
صدر حصل للاجنبي لا للوارث فينفذ ولزم فلا يبطل بخلاف
الهبة لانها وصية وهي تعتبر من الثلث فيعتبر وقت الموت
بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه
ز الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز
الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار ولو اقر لوارثه
ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز
اقراره عند ابي يوسف اولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء
وقال اخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان
يكون وارثا ولهذا لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة
المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته
ولهذا لو اقر المريض لعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض
يصح اقراره لما ذكرنا ولو اقر الاجنبي انه حر الاصل او كان اعتقه عتق
ولا سعي عليه قال ولو اقر لمن طلقها ثلاثا فيه اي في المرض فلها الاقل

من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها
فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو
فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا
ترث لكن لها الاقل مما ذكرنا لان التهمة باقية لان الزوجين قد يتفقان
على الطلاق ليفتح باب الاقرار لها فتعطى الاقل منهما ردا لقصدهما
وعلى هذا اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية
لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بشعبها في الطلاق قال وان
اقر بغلام مجهول يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام
ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة لان النسب من الحوائج
الاصلية وهو ايضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر
على غيره قصدا فيصح وقد ذكرناها في الدعوى والعتاق وشرط ان لا
يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته
منه ولا حاجة الى ثبوته لاستغنائه به عنه وشرط ان يولد مثله
لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون
تصديقه اذا كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه
حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره
شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال
وصح اقراره اي اقرار الرجل بالولد والوالدين لانه اقرار على نفسه وليس
فيه حمل النسب على الغير بل على ما بيناه في الابن قال والزوجة وشروطه م
والمولى لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار باحد
فينفذ قال واقرارها اي يصح اقرار المراة بالوالدين والزوج
والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره
وبالاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل قال وبالولد

ان

ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي يقبل اقرار المراة
به بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب
يثبت بالفراش لقوله عليه السلام الولد للفراش والزوج هو صاحب حب
الحق فاذا صدقها فقد اقر به فلزمه بالاقرار له هذا اذا كانت
ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب
عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان
لها وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى
انه ولده من امراته لا يصدق في حقها الا بتصديقها قال ولا
بد من تصديق هؤلاء يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان
اقرار غيرهم لا يلزمهم لانهم في يد انفسهم الا اذا كان المقر له
صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه
بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه قال وصح
التصديق بعد موت المقر لا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر
بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه
الا اذا اقرت المراة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما
الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجة
فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة
فانها من اثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحياة
المراة م واما الثانية وهو ما اذا اقرت الرجل بالزوج فصدقها بعد موتها
فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها
لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر فيصح
تصديقه وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم

ولي

لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت
النكاح بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت
عيانا ولهذا لو اقام البينة بعد موتها على النكاح يقبل ولولا ان
النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فلما تصادقا يعمل فيه التصادق
كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق
له اثر واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما يبقى في حق
حكم كان قبل الموت واما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا
الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتدا فلو كان التصديق
واقعا في شي هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها
لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقا اثره وهو العدة على ما مر قال فصل
اذا اقر رجل لرجل بعبد ثم مات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد
الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث بمنزلة الكسب فوجب
ان يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا لمالك الرقبة
من الابتدا لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبته ملك منافعه حكما
تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بان الكسب للمقر له فيصير فائدة
بمنزلة قيام العبد واما الارث انما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة
عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المصدق عليها بالنكاح
تفوت بموتها فبقي تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدا فلا يصح
وهذا لان ما اقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا
يكون تصديقا لها فيما اقرت به بل هو دعوى مبتداة فلا يقبل دعواه
بلا حجة بخلاف ما اذا اقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها
مدعاه قال وان اقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت لعين
اذا اقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم الولاية عليه وذلك

مثل

في ما تنام

مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب او الجد بانه ابنه وكذا اذا اقر
بالجد وبابن الابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب على الغير ولا يجوز
بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى يلزمه الاحكام من النفقة
والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما
قال فان لم يكن له وارث غيره قريب ولا بعيد ورثه وان كان
لا اي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره
ولا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث
كذوي الارحام او بعيدا كمولى الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه
لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا
لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب
مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند
عدم المزاحم لا زاله ولانه التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه
حيث شا حتى كان له ان يوصي بجميع ماله فكذا له ان يجعله لهذا المقر له
لانه وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن الاقرار لان نسبه
لم يثبت فلا يلزمه كالوصية وارث من وجه حتى لو اوصى لغيره
باكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره
كانه وارث حقيقة قال ومن مات ابوه فاقر باخ شركه
في الارث ولم يثبت نسبه لما ذكرنا ان اقراره مقبول في حق نفسه
غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا اقر على البائع انه
اعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل
في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له
نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل
اقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك

حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ اخر وكذبه اخوه
المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده
لان المقر قد اقر له بثلث شايع في النصفين فينفذ اقراره في حصته
وبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس
جميع المال والسدس الاخر في نصيب اخيه بطل اقراره فيه
لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر
ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون ما في يدهما بالسوية
ولو اقر باخت ياخذ ثلث ما في يده وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر
ابن وبنت باخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين اخماسا
وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامراة انها زوجة ابيه
اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس ما في يده
فتعامل فيما في يده كما تعامل لو ثبت ما اقر به وقال في الايضاح
لو اقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت تسعي ما في يده
لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان
ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار
ذلك كالهالك فيصرف اليهما بقدر حقهما وهو سهمان ولهذا الابن
بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة
وعلى قول مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما صح بسهم واحد
يعني من ستة عشر وله سبعة اسهم قال وان ترك ابنين وله
على اخر مائة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللاخر
خمسون لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين على الميت لان المقبوض
غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته ثم يتقاصان فاذا
كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت

خمسون

خمسون درهما على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق
نصيبه فلا ياخذ منه شيئا كما اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه
وليس له ان يشارك اخاه في الخمسين وان تصادقا على انه
مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما
بقي من الدين على زعمه ورجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين
بما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لا ياخذ شيئا الا بعد قضاء
الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن ابي ليلى ان المقر يحصل
له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شايعا لانه اقر على نفسه
وعلى اخيه فاقراره في حقه مقبول صحيح وفي حق اخيه لا يقبل
فلا يصح ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جواب
ه الاولى الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض
الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف
المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له
من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف
فيحلف ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة اخرى غير الدين والمسئلة
بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما
قلنا وللغريم ان يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته وان حلف اخذ
نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر
ياخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما اقر بقبض ابيه المائة فقد
اقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على الوجه الذي بينا

كتاب الصلح

قال هو عقد
يرفع النزاع هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة
وهو المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو ضد الفساد

ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى
الصلاح لحسنه ولهذا امر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن
بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وقال
تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما
ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير
ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد
بمحل الحكم فنعلم بهذا ان جميع انواعه حسن لان فيه اطفاء النائرة
بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصلحة
وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك الصلح ذلك لان طلب
جميع ما يستحقه ربما يودي الى الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه
فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا اقام البينة يكثر العداوة ويهيج
الفتن بين المدعا عليه والمدعي والشهود والقاضي والى هذا اشار
النبي عليه السلم بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا وقال ابو منصور الماتريدي
رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء في بني ادم مثل
ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع هذا الصلح
فتح باب المنازعات واثارة النائرات بين الناس وامد الفتن والخلاف
الكبرى الى ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب لحمة علام فهاجت
بينهم حتى قتل منهم اربعون الفا فامتدت الحرب بينهم الى ان وقع الصلح
فانطفات النائرة ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة الى
امس لدفع الشر فكان اولى به قال ـــــ رحمه الله وهو جايز باقرار
وسكوت وانكار لاطلاق ما تلونا وما روينا وما بينا من المعنى ولقوله
عليه السلم كل صلح جايز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او
حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لما روينا
وهذا

وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا للدافع حراما على الاخذ
فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الاخذ
او يقول ان المدعي ان كان محقا كان الاخذ للمدعي حلالا له قبل الصلح
وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة
حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا احل حراما
ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة
واذا كان التمليك رشوة كان التملك قبول الرشوة اذ لا تملك
الا من الجهة التي تملك فيكون المدعا عليه دافعا لدفع الظلم
والمدعي اخذا للترك الظلم قلنا ليس هذا مراد النبي عليه السلم
لان ذلك يوجد في الصلح مع الاقرار ايضا لان الصلح يقع عادة
على ما دون حقه فما زاد على المأخوذ الى تمام حقه كان حلالا
للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعا
عليه منعه قبل الصلح وحل له بعده ولو كان المراد هذا المعنى
لما صح مطلقا بل البيع ايضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد
من المتبايعين ما له كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا
ساير العقود المشروعة فيودي هذا الى تحريم اسباب الملك باسرها
وانما مراده عليه السلام ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او يحرم
ما ليس بحرام وذلك مثل ان يصالح على الخمر او الخنزير او يصالح احدى
الضرتين زوجها على ان لا يطا الاخرى او امته فيحرم عليه على زعمهم
بالصلح وهذا الظاهر لانه عليه السلم ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق
منهما ينصرف الى الكامل وذلك بان يكون حراما او حلالا لعينه وقوله
رشوة وتمليكه قبول للرشوة الى اخره لا نسلم بل هو في زعم المدعي هو
عن حقه او بدله فهو حلال له اخذه واكله وفي حق المدعا عليه لافتدا

اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو ايضا حلال له لانه بذل المال
الا لذلك ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان اجوز ما يكون من
الصلح الصلح عن الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو
قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منهما واما مع الاقرار
فلا يوجد فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس ثمه منازعة حتى يحتاج
فيه الى الصلح بل هو استيفا لبعض حقه واسقاط للباقي او ان ياخذ
بعض حقه من جنسه او ان ياخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه
واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه
وما جاء فيه من الذم من قوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي
المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة
الامور ليستعين بهم على الظلم بالرشوة واما الدفع للضرر عن نفسه
فلا شبهة فيه حتى روي عن ابي يوسف رحمه الله انه اجاز ذلك
للوصي من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر عن اليتيم الا ترى ان الخضر
عليه السلام خرق السفينة كيلا ياخذها الظالم وما كان مراده بذلك
الا الاصلاح والله يعلم المصلح من المفسد وقوله اذ لا يملك الا
من الجهة التي يملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك
بل قد تختلف الجهة بينهما كمن اقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه
عـ بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فدا في حق المشتري اذ
لا بيع بينهما على زعمه ومثله كل واحد من المجتهدين في التحري ما
ادى اليه اجتهاده والخلع يمين من جهة معاوضة في حقها وكذا
الفسخ بالاقالة لانها بيع في حق الثالث فسخ في حق المتعاقدين قال
فان وقع عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا لان معنى البيع قد وجد فيه
وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فيجري فيه احكام البيوع وهذا
لان

لان الاصل في الصلح ان يحمل على اشبه العقود به فيجري عليه
احكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة
بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر فان وقع
على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا وان وقع على جنسه
فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء
ـه وان كان باكثر منه فهو فضل وربا قال فتثبت فيه الشفعة
والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط لان هذه الاشياء من احكام
البيع فيثبت فيه قال ويفسده جهالة البدل لان الذي
وقع عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه لانه بيع فيفسد بالجهالة
المانعة من التسليم والتسلم عن المصالح عنه لا يحتاج فيه الى
تسليمه فلا تضر فيه الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه
فتفسده ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم تفسده دون
عد المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا تفضي الى المنازعة
وكذا تفسده جهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا قال وان
استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدعى عليه بحصته ذلك
ح العوض او كله ولو استحق المصالح عليه او بعضه رجع بكل المصالح
عنه او بعضه لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما استحق عليه
ما اخذه رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فالبعض بحصته
لانه حكم المعاوضة قال وان وقع عن مال بمنفعة اعتبر
اجارة يعني الصلح باقرار وان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما
ذكرنا انه يحمل على اشبه عقود به اذ العبرة للمعاني فوجب حمله
عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض قال

فلم يشترط التوقيت ويبطل بموت احدهما لانه اجارة وهذه
حكمها على ما عرف في موضعها ولنا يشترط التوقيت في الاجر الخاص
بان ادعا شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عداه
لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة
او حمل الطعام الى موضع ولو مات احدهما او هلك المنفعة قبل
الاستيفا بطل الصلح فيرجع بالمدعا ولو كان ذلك بعد استيفا
بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعا بقدره وهذا كله قول محمد
وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل
الصلح بموت المدعا عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات
المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه
فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة
وفي ابطاله بموت احدهما اعادة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا
لانه يمكن الاستيفا فيه اما باستمرار العاقد او باقامة وارثه مقامه
وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعا عليه
يبقى لامكان الاستيفا بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذر
اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد
بطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بينا وعند
ابي يوسف ينظر فان قتله المدعي او الاجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته
عبدا فيخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار
لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني
وان قتله المدعى عليه يبطل بالاجماع لان المولى عبد بنفسه فصار كما اذا لا يضمن صح
مات حتف انفه او اعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على
المولى الضمان بالاتلاف والعتق لانه فوت الاستيفا الحاصل بعقد

الرهن

الرهن والقبض قال والصلح عن سكوت او انكار
فدا في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي لما بينا ويجوز ان يكون
لشي واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجب
الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فيواخذ كل واحد منهما
بما يزعم وهذا في الانكار ظاهر لانه يتبين بالانكار ان ما يعطيه
لقطع الخصومة وفدا اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار
والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا
يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما دفع
بالشك قال فلا شفعة ان صالحا عن دارهما ويجب لو
صالحا على دارهما اي المنكر والساكت اذا ادعى على كل واحد
منهما دارا فصالح عنها بدفع شي اخر لم يجب في دار الشفعة
لانه يدعي انها داره وانه يستبقيها على ما اذا ادعى به وان المدفوع
الى المدعي ليس بعوض عنها ولنا هو لا يبذل اليمين وقطع الخصومة
ولو ادعى على كل واحد منهما شيئا فصالح عنه على دار ودفعها
الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي انه ياخذها عوضا
عما ادعى وكان معاوضة على زعمه فيجب فيها الشفعة لان كل انسان
يواخذ بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فانكر فصالحه عنها على دار اخرى وجبت
الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الاخر المعاوضة
لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا ترى ان رجلا لو قال انا اشتريت هذه
الدار من فلان وفلان ينكر ياخذها الشفيع بالشفعة وكذا لو ادعى انه
باع داره من فلان وهو ينكر ياخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه
حجة في حق نفسه قال ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة
ورد البدل ولو بعضه فبقدره يعني لو ادعى رجل على شخص شيئا

فأنكر ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعا كله أو بعضه رد المدعي
العوض الذي أخذه كله أو بعضه ورد ما استحق على المدعا عليه
بناء على زعمه كأنه اشتراه منه ولأن المدعا عليه لم يدفع العوض
إلا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده من غير خصومة
أحد فإذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين أيضا أن المدعي
لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما إذا أدى المكفول
عنه المال إلى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم
قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما أعطاه لأن
غرضه لم يحصل له وإنما يرجع المدعي بالخصومة لأن المستحق
قام مقام المدعا عليه حين أخذ المدعا منه فلو لم يصالحه أن يخاصم
قال ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى
في بعضه أو كله أي استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي
رجع المدعي إلى الدعوى في كله إن استحق كل العوض أو في بعضه
إن استحق البعض لأن المدعي ما ترك الدعوى إلا ليسلم له
البدل فإذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف
ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا
الشيء بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند
الاستحقاق على المدعا عليه بالمدعا نفسه لا بالدعوى لأن إقدام
المدعا عليه على المبايعة إقرار منه بأن المدعا ملك المدعي ولا
يعتبر إنكاره بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه
أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قال
وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين
أي في فصل الإقرار وفي فصل الإنكار والسكوت فإذا كان

كاستحقاقه

ورجع هو بالخصومة مع المستحق لأنه أخذه على زعمه عوضا عما ادعى فإذا استحق ذلك يرجع عليه المدعا عليه صح

كاستحقاقه فيبطل به الصلح لأن هلاك البدل في البيع يبطل
البيع فكذا هذا في فصل الإقرار ظاهر لأنه بيع حقيقة على ما مر وكذا
في فصل الإنكار والسكوت لأنه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فلو
هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره
ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق هذا إذا كان البدل مما يتعين
بالتعيين وإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا
يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ ولا يتعلق
العقد بهما عند الإشارة إليهما وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة
فلا يتصور فيهما الهلاك فصل الصلح جائز عن دعوى
المال لأنه في معنى البيع في حقهما إن وقع عنه بمال عن إقرار
أو في حق المدعي وحده إن وقع عن إنكار أو سكوت وفي حق الآخر
لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو في معنى الإجارة إن وقع عنه بمنافع
وكل ذلك جائز على ما سنذكر قال والمنفعة يعني الصلح
عن دعوى المنفعة أيضا جائز ويكون بمعنى الإجارة إن وقع عنه
بمال أو بمنافع لأن المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الإجارة
فكذا بعقد الصلح ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة
على مال أو منفعة جاز وهذا أولى للورثة معلوما لأن لها مثلا منها
لكن إنما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة إذا كانا مختلفي
الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الأرض
أو لبس الثياب أما إذا اتحد جنسهما كما إذا صالح عن السكنى
على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لأنه لا يجوز استئجار
المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس
يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال والجناية

وهذا صح

هبة

يعني ان الصلح جائز عن دعوى الجناية [illegible]
على النفس وما دونها عمدا كان او خطأ سواء كان عن اقرار او انكار او
سكوت اما العمد في النفس فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء
فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الاية في
الصلح عن دم العمد ومعناها من بذل له بدل الاخذ المقبول
مال وكذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت في المحل فيحول الفعل
فجاز اخذ العوض عنه كملك النكاح وما جاز ان يكون مهرا جاز
ان يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال المعلومة والمنافع
المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن المقصود مثل الخمر
والخنزير لكن في النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا
مال والعفو مشروع بدونه مندوب اليه وههنا لو لم يسم
شيئا فيهما يجب في النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة
الدخول ومهر المثل قيمته لانه هو الموجب الاصلي وفي العفو
عن القود لا يجب شيء لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد وهذا
لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره
مقامه اذ لا مماثلة غيره الا ان الشرع اجاز اخذ عوضه عند
اتفاقهما فجاز اخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث
لا يجوز اخذه لانه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري وانما له
ان يتملك ان شاء وذلك مجرد خيار ولا يجوز اخذ العوض عنه
كخيار المخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة
بالنفس ثم اذا فسدت التسمية في الصلح كما اذا صالح على دابة
او ثوب غير معين يجب الدية لان الولي لم يرض بسقوط حقه
مجانا فيصار الى موجبه الاصلي بخلاف ما اذا لم يسم شيئا او سمى الخمر
ونحوه

ونحوه حيث [illegible] وسقط القصاص لان فداه
على الصلح يتضمن الابراء عنه ولهذا الخيارات التي ذكرناها والشفعة
تسقط بسقط لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به قيل
تسقط لما ذكرنا وقيل لا تسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة الى
المال غالبا فاخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل عوضه بخلاف
ما ذكرنا من الخيار والقصاص واما الخطأ في النفس فلان موجبه
المال والصلح عن دعواه جائز على ما ذكرنا الا انه لا يصح الزيادة
على قدر الدية وكذا لو وقع الصلح على احد مقادير الدية للزيادة لا يجوز
الصلح على اكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح
عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان
كان اقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له في المال وانما يجب بالعقد
فيتقدر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسمية ما دون العشرة
فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز
كيف ما كان لعدم الربا الا انه يشترط القبض في المجلس اذا كان ما
وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو
قضى القاضي باحد مقادير الدية فصالح على جنس اخر منها بالزيادة جاز
لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس اخر فامكن
الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض
المقادير بمنزلة قضاء القاضي به ولا يجوز للقاضي ان يقضي بالزيادة على
الدية من جنسه لا يجوز لهما ايضا ان يصطلحا عليها لما يلزم من الربا
على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية
لان هذا الصلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون وما دون
النفس معتبر بالنفس فيكون ما يوجب القصاص منه بالعمد في النفس

وما يوجب المال منه بالخطأ فيهما لا يختلف هذا الحكم في هذه
الأشياء بين أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت لما ذكرنا من المعنى
وإنما يختلف فيها السبب من معاوضة أو افتداء اليمين قال
بخلاف الحد يعني بخلاف ما إذا صالح عن دعوى حد بأن وقع الزاني
أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو المرافع حتى يترك الدعوى
لا يجوز الصلح وله أن يرجع بما دفع لأن الحدود حق الله تعالى لا حق
المرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت المرأة أن
ولدها من زوجها المطلق فأنكر وصالحها على شيء حتى يترك
الدعوى كان الصلح باطلا لأن النسب حق الولد ولذا لو كان
لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه
فصالحه على شيء كان الصلح باطلا لأن الحق في الطريق لجماعة
المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما إذا صالح
الإمام عنه على مال حيث يجوز لأن للإمام ولاية عامة وله أن
يتصرف في مصالحهم فإذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لأن
الاعتياض من المشترك العام جائز من الإمام ولهذا لو باع شيئا
من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما إذا كان ذلك في طريق غير
نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لأن الطريق
مملوك لأهلها فيظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد لأنه يسقط
به حقه ثم يتوصل إلى تحصيل رضى الباقين فيجوز قال
ومن نكاح أي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا إذا كان الرجل
هو المدعي والمرأة تنكر لأنه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل
في حقه في معنى الخلع لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح
يجب حمله على أقرب العقود إليه على ما مر ذكره وفي حقها

لافتداء اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وإن كانت هي المدعية
والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري أنه لا يجوز
لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطي العوض في
الفرقة إذا لم يسلم له شيء في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال
والنفس وإن لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه
قبله فيكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا لقطع
الخصومة ولا لصار اليه وذكر في بعضها أنه يجوز لأنه يجعل
كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط
المهر غير الزيادة قال والرق وكان عتقا على مال يعني
الصلح جائز عن دعوى الرق وكان في حق المدعي بمعنى العتق على مال
وفي حق الآخر لدفع الخصومة لأنه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار
فجاز ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل كالكتابة اعتبارا
لزعم المدعي فإن الحيوان يثبت في الذمة في معاوضة المال بغير
المال كالنكاح والخلع غير أنه لا ولاء له عليه لأنه ينكر العتق ويدعي
أنه حر الأصل إلا أن يقيم المدعي البينة بعد ذلك فيقبل بينته
في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لأنه جعل معتقا
بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا
يستحق المدعى لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع
فيه الصلح والمدعي كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله أخذ
العوض عنه ونظيره المولى إذا كان يعرف أن المقر كاذب لا يحل
له إلا إذا سلمه إليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدأة
فيصح له قال وإن قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز
صلحه عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا فصالحه عنه جاز أي لو

صلح العبد المأذون له ولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه
لا يجوز وإنما جاز عن عبده دون نفسه لأن المأذون له لا يجوز له
أن يتصرف إلا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه
في نفسه ليس من التجارة ولا ينفذ في حق المولى إذا كان بعوض لأنه
تصرف في مال الغير بغير إذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له أن يبيع
نفسه ويصح بينه وبين المولى حتى لا يجوز له مطالبة بعد العتق
لأنه مكلف فيصح تصرفه في نفسه ولا يجب عليه البدل في الحال
لأنه وما في يده مال المولى ويتأخر إلى ما بعد العتق كالأمة
إذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بائنا لأنه
بعوض ويجب عليها المال بعد العتق فإنه طلق أو صالح على دين
مؤجل وتصرفه في عبده من باب التجارة لأن استخلاصه كشرائه
لأنه ما استحقاقه بالقتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن
ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه بخلاف المكاتب
حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لأنه كالحر لخروجه عن يد المولى
ولهذا لو ادعى أحد رقبته كان هو الخصم فيه وإذا جنى عليه كان
الأرش له وكذا إذا قتل لا يكون قيمته للمولى بل لورثته حتى يؤدي
بها كتابته ويحكم بحريته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار
كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز
صلحه عن نفسه قال ـــ ولو صالح عن المغصوب المتلف بأزيد
على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبدًا مشتركًا فصالح
الشريك على أكثر من نصف قيمته لا وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد لا يجوز الصلح في المغصوب أيضا على أكثر من قيمته بما لا يتغابن
الناس في مثله لأن القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لأنها هي التي

يمكن

يمكن وجوبها في الذمة دون العين إذ العين ليست من ذوات الأمثال
فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب في الذمة وهي القيمة
لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها ربا وهذا لأن العين قد
هلكت ولم يبق لها أثر ولا يمكن أن يقابلها شيء ولو أمكن لجاز بيعها
فصار مقابلة القيمة ضرورة وهي مقدرة فلا يجوز الزيادة عليها
كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ وضمان العتق لا يجوز الزيادة على
مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما إذا حكم الحاكم بالقيمة
ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير إلى أجل
لا يجوز ولو كان بدلا عن العين لجاز ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن
الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما إذا كانت
قائمة حقيقة وهذا لأن الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك
هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا
في العين لأن وجوب العين في الذمة ممكن ألا ترى أن الحيوان والثياب
وغيرهما من المقدرات تجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية
وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذا في المغصوب إذ لا يعدل
في نفس الوجوب إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ
المثل صورة ومعنى غير ممكن لأن الآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة
ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لأن
الموجب هو الله وهو عالم به فكان الواجب مثله فإذا أخذ عوضه أكثر
من قيمته لا يكون ربا لأنه ليس من أموال الربا كما في حال قيام العين
أو يقول إن العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم
يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم ألا ترى أنه لو اختار ترك
التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من إباقه

عدم

كان مملوكا له فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العبد ولا ربا
فيها في حال قيام العبد ونقول ان الواجب في الاصل رد العين
لقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمه
عند الضروره وهي في حق الاخذ ولا ضروره في جعل المأخوذ بدلا
عن القيمه لامكان جعله بدلا عن العين والديه مقداره شرعا على ما
بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا يجوز الزياده
عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقدر فلا اعا هو فوقه
وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمه غير النقدين الى اجل لانه
في المستهلك لا يتوقف على اثنين وما لا يتوقف على اثنين يكون في حكم
الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان مؤجلا حتى لو لم
يكن مؤجلا وتقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمه لما
جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند
الانسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع
ما ذكرنا من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما هو بدل عنه
بالاجماع قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم
الوكيل ما صالح عليه ما لم يضمنه بل يلزم الموكل هذا اذا صالح
عنه عن انكار او سكوت او عن اقرار في دم عمدا وفيما لا يحمل على المعاوضه
كالصلح على بعض الدين لان الوكيل في هذه الاشيا سفير ومعبر
وهذا لان الصلح على الانكار معاوضه باسقاط الحق وكذا الصلح
عن القود واما الصلح عن بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه
الاشيا بمنزله الطلاق على مال ولهذا جاز الصلح من الاجنبي كما يجوز لهدام
الخلع منه فلا يلزم الوكيل شي الا بالالتزام كالوكيل في النكاح غير انه
اذا ضمن هنا وادى عنه يرجع على الموكل وفي النكاح لا يرجع لان الامر
بالصلح

بالصلح عنه امر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز
بغير امره فكان فائدة الامر الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح ح
لانه لا يستغني عليه من الاجنبي فكان فائدة الامر فيه الجواز ثم ان
ضمن بعد ذلك وادى يكون متبرعا والامر بالخلع مثل الامر
بالصلح حتى يرجع على الامر ان ضمن وادى عنه واما اذا صالح
عنه فيما يحمل على المعاوضه بان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل
يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل اصيل في المعا وضه
المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض
دون الموكل قال وان صالح عنه بلا امره صح ان ضمن
المال او اضاف الى ماله او قال على الف وسلم والا توقف فان
اجازه المدعا عليه جاز والا بطل وهذه المسئله على اربعة اوجه
لانه لا يخلو اما ان ضمن المال او لا وان لم يضمن فلا يخلو اما ان اضاف
الذي وقع عليه الصلح الى نفسه او لا وان لم يضف فلا يخلو اما
ان سلم العوض او لا فالصلح جائز في الوجوه كلها الا الوجه الاخير
وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم يسلمه الى
المدعي اما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير امره
وضمن المال فالصلح جائز لان الحاصل للمدعا عليه ليس الا
البراه وفي مثله يستوي المدعا عليه والاجنبي لانه لا يسلم للمدعا
عليه شي كما لا يسلم للاجنبي ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح
على نفسه فكذا للاجنبي والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب
الحق لا رضا المدعا عليه اذ لا حظ فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل
على المعاوضه كدعوى القصاص وكذا الدين على ما بيناه انفا والمدعي
ينفرد بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم

له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا لتوقف
على اجازة المدعى عليه وسلامته بكون بالضمان لانه ان لم يلزمه
بالعقد لكونه سفيرا فقد يلزمه الضمان لولاية على نفسه فتم
رضاه به وكذا بالاضافة الى نفسه بان يقول صالحتك على الفي
هذه او على عبدي هذا لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم
الى المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كما لو ضمن
فيصح لتمام رضاه به والمعرف المشار اليه بان قال صالحتك على
هذا العبد او على هذا الالف كالمضاف الى نفسه لانه تعين للتسليم
اليه بشرطه فتم به الصلح وكذا بتسليم العوض اليه بان عقد
المتبرع عقد الصلح بان قال صالحتك على الف ولم يضمن ولم يضفه
الى نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حققه
تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل له
العوض في هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم
يحصل للمصالح شيء لانه سفير ومعبر بخلاف ما اذا صالح عن عين
في يد المدعا عليه وهو يقر به انه للمدعي حيث يملك المتبرع العين
لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه
لذا اشترى الا انه يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض
في الوجوه التي تقدمت ووجد زيوفا او ستوقا لم يرجع على المصالح
لانه متبرع التزم تسليم شيء بعينه ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا
يلزمه شيء اخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن
يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان
فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا في ذمته
ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور

والرابع

والرابع ان يصالحه على الف ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه
بان قال صالحتك على الف فالحكم فيه انه يكون موقوفا لانه لم يسلم
للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان اجازه المد عا
عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل
لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه
والخلع في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل في بعض
شروح الجامع في باب الخلع الالف المشار اليها والعبد المشار
اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الى المراة والله اعلم

باب الصلح في الدين

الصلح عن ما استحق بعقد المداينة اخذ لبعض حقه واسقاط للباقي لا
معاوضة هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا
سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفا لبعض حقه
واسقاط للباقي وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن بعض الدين
الا ترى انه لو وقع عن الدين بجنس اخر يحمل على المعاوضة والصواب
ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الى اخره فانه يكون اصلا
جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره
بقوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل
على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه
وذكر بعضهم ان الاحسان متى وجد من احد الجانبين يكون تبرعا
وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة
اذا وقع على بعض الدين لان في حمله عليها فساد العقد للربو وفي
حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي جوازه فكان اولى
حملا لامور المسلمين على الصحة ما امكن وظاهر حاله يدل على ذلك

لانه يطلب الصحه دون الفساد لعقله ودينه يمنعانه
عن ارتكاب محظور دينه قال فلو صالح عن الف على نصفه
او على الف مؤجل جاز لانه يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا
للنصف في الاولى وفي الثانيه يجعل كانه اجل نفس الحق تحريا للجواز
ولو حمل على المعاوضه لفسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا
بمثل يدا بيد ولا اعتبار للسر وكذا لو صالحه عن الالف على خمسمائه
مؤجله جاز لانه ابراه عن النصف واخر النصف وعلى هذا لو صالح
عن الف جياد على خمسمائه زيوف حاله او مؤجله جاز فيجعل
مسقطا للقدر والصفه ومستوفيا لبعض حقه او مؤخرا لان
من استحق الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز به في الصرف
والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادله براس مال
السلم وبدل الصرف لا يجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له الف
زيوف وصالحه على خمسمائه حاله جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن
حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد
فيكون معاوضه ضروره ولا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديها
سوا على ما عرف في موضعه وكذا لو كان له الف مؤجله فصالحه
على خمسمائه حاله لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه
اخذ عين حقه فيكون مبادله بالمؤجل فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا
قال وعلى دنانير مؤجله او عن الف مؤجل او سود على نصف
حال وبيض لا يعني لو صالحه عن الف درهم على دنانير مؤجله او
عن الف مؤجل على خمسمائه حاله او عن الف سود على خمسمائه
بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضه وهو
صرف ولا يجوز تاجيله ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال وكذا

من له

من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها اجود على ما بينا فيكون
اخذها بطريق المعاوضه لا بطريق الاستيفا وشرط صحه المعاوضه
في الجنس المتحد المقدر المساواه ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى
لو صالحه على الف حاله عن الالف المؤجله او صالحه على الف
بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواه
في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواه في الصفه ولو كان
عليه الف فصالحه على طعام موصوف في الذمه مؤجل لم يجز
لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه الف درهم ومايه
دينار فصالحه على مايه درهم جاز سواء كانت حاله او مؤجله لانه
يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مايه وتاجيلا للمايه التي
بقيت فلا يحمل على المعاوضه لان فيه فساده ولان جهه الاسقاط
ارجح لان الصلح مبني على الاغماض ولهذا جاز عن المجهول والاصل
في جنس هذه المسائل انه متى كان الذي وقع عليه الصلح ادون
من حقه قدرا او وصفا او وقتا او في احد هذه الاشيا فهو اسقاط
للبعض واستيفا للباقي لانه استوفى دون حقه وان كان ازيد منه
بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحق من وصف او ما هو بمعنى الوصف
كتعجيل المؤجل ومن خلاف جنس فهو معاوضه لتعذر جعله
استيفا عن المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضه وانما
كان التعجيل كالوصف لان المعجل خير من المؤجل ولهذا ينقص
الثمن لاجله فيكون الحط بمقابله الاجل فيكون ربوا فلا يجوز الا
اذا صالح المولى مكاتبه عن الف مؤجله على خمسمايه حاله فانه
يجوز لان معنى الارفاق فيما بينهما اظهر من معنى المعاوضه فلا
يكون هذا مقابله الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى

ان الصلح

حط بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساهلة من
المكاتب فيما بقي قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو
ايضا مندوب اليه في الشرع قال ـــ ومن له على آخر الف فقال
ادّ غدا نصفه على انك بريء من الفضل ففعل بريء والا اي ان
لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة لا يبرا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف برئ وان لم يؤد ولا يعود اليه خمسمائة الساقطة
ابدا لان اشتراط الاداء لا ينفع لان النقد واجب عليه في كل زمان
يطالبه بتوفيته اذ المال عليه حال فبطل التعليق وصار ابراء مطلقا
وهذا لانه جعل اداء خمسمائة عوضا لان كلمة على للمعاوضة والاداء
لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للابراء عوضا
سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار
وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كما اذا ابتدأ بالابراء بان قال ابرأتك
من خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا بخلاف ما
اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مقيد وهو تعليق الفسخ
بعدم النقد فانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع ايضا على
ما مر ذكره ولهما ان كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فيحمل
عليه عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكرنا تصحيحا لتصرفه فاذا
كان للشرط جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل
التعليق به كما في الحوالة فان الاصيل برئ مقيدا على صفة وهو سلامة
العوض له من المحال عليه فصار كما اذا ابرأه عن البعض بشرط ان يعطيه
كفيلا بالباقي او رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان للناس
غرضا فيه حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه بخلاف ما اذا
قدم الابراء لانه برئ بالبداية به فلا يعود الدين بالشك وفيما نحن فيه
لم يبرا

لم يبرأ في اوله واخره معلق بالشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا
لان كلمة على محتملة فعلى تقدير ان تكون للشرط لا يبرأ مطلقا وانما
يبرأ بالاداء وعلى تقدير ان تكون للعوض يبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك والا حتمال
ثم هذه المسألة على وجوه احدها ما ذكرنا والثاني ان يصرح بالتقييد
بان يقول صالحتك على الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت
بريء من الزيادة على انك ان لم تدفعها الي غدا فلا تبرأ من الباقي
فيكون الامر كما قال لانه صرح بما يحتمله اللفظ فلا تزاحمه غيره
والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني
خمسمائة غدا فحكمه انه برئ مطلقا ادى خمسمائة في الغد
او لم يؤد لان البراءة قد حصلت بالاطلاق اولا فلا تتغير بما يوجب
الشك في اخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسألة والاولى
والرابع ان يقول ادّ الي خمسمائة على انك بريء من باقيه ولم يوقت
للاداء وقتا فحكمه انه برئ مطلقا لانه ابراء مطلق لانه لم يوقت له وقتا
وليس فيه غرض صحيح لان الاداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا
يحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما يستفيد
بالعقد والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسألة الاولى لان الاداء فيها
مقيد بعدم الاداء وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامس
اذا قال ان اديت الي خمسمائة او اذا اديت او متى اديت فحكمه
انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق
بالشرط لما فيها من معنى التمليك لانه تمليك ما في ذمته ولهذا ترتد
بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط ط
وبخلاف ما اذا تقدم من انواع هذه المسألة لانه لم يعلقها فيها
بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد فصار كالمضاف الى وقت بل هو

مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا
بالخطر من كل وجه قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك
حتى تؤخره عني او تحط بعضه ففعل صح عليه لانه ليس
بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف فيشكل وهو نظير الصلح
مع الانكار لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه
اقصى ما في الباب انه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه
كبيع ماله بالطعام عند المخمصة

فصل قال

رحمه الله دين بينهما صالح احدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه
خيرتين ان يتبع المديون بنصفه او ياخذ لنصف الثوب من شريكه
الا ان يضمن ربع الدين يعني الا ان يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لان
احد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين فقضيته ان يضمنه
ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشرا لانه اخذ
عوضه لكن الصلح مبني على الحط فلو الزمناه ربع الدين لتضرر المصالح
لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين فاثبتنا له الخيار بين ان يرجع
على المديون بنصيبه وبين ان ياخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع
على المصالح اثبتنا للمصالح الخيار ايضا بين ان يدفع نصف ما وقع عليه
الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل
الشرا والاستيفا لنقص الدين لان الشرا مبني على المماكسة فالظاهر
انه استوفى قدر حقه بل اكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي
فصل الاستيفا قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لان قسمة
الدين قبل القبض لا يتصور لانه معنى في الذمة فياخذ حصته منه
اذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كانه عين حقه وان كان غيره
حقيقة ولهذا يملكه القابض وانما عمله بالقبض لان المقبوض عين الدين

اذ لا يجوز قسمة
قبل القبض والمقبوض
غير ذلك صح

غير

غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه
فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك ان يكون واجبا
بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان لكل واحد منهما عين على حدة او
كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة
من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما او قيمة العين المشتركة
المستهلكة او بدل القرض من المال المشترك بينهما او يكون الدين
موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيده بكون المصالح عنه دينا
لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح
وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح
عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيد بكون المصالح عليه ثوبا ومراده
خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه او يرجع على
المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولم يفرق فيما
ذكرنا من الحكم بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار لان العقد
يتصادقان على ان لهما على المدعى عليه دينا وما ياخذه بدل عنه
وزعمهما يكون حجة عليهما ولو اراد القابض ان يختص به ولا يرجع
عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه ان يهبه الغريم قدر دينه وهو
يبريه عن دينه او يبيع الطالب كفا من زبيب او نحوه بقدر
نصيبه من الدين ثم يبريه عن الدين وياخذ ثمن الزبيب قال
ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم لان قسمة
الدين لا يتصور والمقبوض بدل عنه فله ان يشاركه فيه ان شا لكونه
عين حقه من وجه حتى كان للطالب ان ياخذه اذا ظفر به بغير
اذن الغريم ويجبر الغريم على القضا ولا اجبار على المبادلة فاذا
كان عين حقه من وجه كان له ان يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى

عين

به ثوبا حتى لا يكون له ان يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه
بل يضمنه ربع الدين ان شا لانه اتلف عليه نصيبه وان شا رجع
على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة ولهذا له ان يشاركه في الثوب
في فصل الصلح فلا يلزم المصالح الضرر وهنا انتفى الضرر لما ذكرنا
لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما
في الاقتضا ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى
نصيبه بان مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض
لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه
كما في الحوالة لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة
لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود
الى دينه في مثلها قال ـــ ولو اشترى بنصيبه شيئا ضمنه
ربع الدين يعني ان شا لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر
عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما مر ولا يقال
قسمة الدين قبل القبض لا يتصور فكيف يتصور المقاصة فيه
لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا
وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشرا او صحة المصالحة
وكم من شي يصح ضمنا ولا يصح قصدا وللغريم ان لا يتبع القابض
في الجميع ويرجع على المديون لان القابض قبض حقه الا ان له حق
المشاركة فكان له ان يشاركه ولو كان المطلوب على احدهما
دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا
ضمان عليه لانه قضا دينا كان عليه لما عرف ان اخر الدينين
قضا لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب
بالاقتضا وكذا المشاركة لا تجب بالقضا وانما تجب بالاقتضا

ولو ابراه

ولو ابراه احدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابرا فوق الصلح
في التبرع لانه لم يقبض شيئا فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا اولى
ان لا يضمن ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما
بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب احدهما
عينا من المديون او اشترى منه شرا فاسدا فهلك عنده فهو
قبض لانه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا
ودين الغريم اخرهما فيكون قضا من الغريم واقتضا من الطالب
فيضمن لشريكه والاستيجار بنصيبه كالشرا بنصيبه حتى
يضمن ربع الدين لان المنافع تجري مجرى المال وعن محمد انه اذا اضاف
العقد الى الدين لا يرجع عليه لانه اتلاف ولو احرق احدهما
متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند ابي يوسف حتى لا يرجع
عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شي بخلاف الغصب ثم الاحراق
بالنار حيث يرجع عليه وان تلفه بالاحراق لان الضمان حصل
بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما اذا
احرقه في يد مالكه من غير قبض وعند محمد هو قبض فيرجع عليه
لانه بالاحراق وجب عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا
قصاصا وقد ذكرنا ان اخر الدينين قضا للاول فصار مقتضيا
فيرجع عليه ولو تزوج احدهما بنصيبه بان كان لهما دين على امراة
فزوجته عليه نفسها او على مولى الامة فزوجها المولى منه
عليه او على المكاتبة او على الامة الماذون لها فتزوجها عليه باذن ن
المولى ليس يضمن في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لانه
لم يسلم له شي تلزمه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المديون وكالا برا
وعن ابي يوسف انه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة

على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين
الدين عند الاضافة اليه فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها
كالهبة بخلاف ما اذا اضيف العقد لا اليه بان سمى دراهم مطلقة
فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع الشريك بالاجماع لانها لم
تملكه وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية
العمد ليس بقبض لانه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابلته ولو اخر
احدهما نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز ومحمد
معه في رواية ومع ابي حنيفة في اخرى لابي يوسف رحمه الله انه
ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد ولانه تصرف في خالص حقه فلا
يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين
على الشركة وذلك بان يكون المؤجل بينهما اذا حل الاجل ويرجع المؤخر
على القابض عند حلول الاجل ولابي حنيفة انه يؤدي الى قسمة
الدين قبل القبض وهي لا تجوز وهذا لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق
والافراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز
ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة فيبطل وانما
قلنا بانه يؤدي الى قسمة الدين لان الحال والمؤجل يختلفان وصفا
وحكما حتى لا يطالب الساكت بنصيبه في الحال وكيف يتصور هذا
الاختلاف بينهما من غير قسمة وهل دعوى عدم القسمة فيه
بعد ذلك الا دعوى المحال ولان فيه ضررا على شريكه بان يجعل
مونة الطلب عليه فانه ان الساكت يطالب بنصيبه في الحال فاذا فقط صح
خلص منه رجع عليه بنصفه في الحال واذا خلص منه رجع عليه هو هو صح
بنصفه عند حلول الاجل ثم يرجعان على الغريم فيؤخر هو نصيبه
ايضا مثل ما اخر في الاول فيطالب الساكت بنصيبه واذا خلص
منه

منه رجع عليه به عند حلول الاجل ولم يزل يعمل هكذا الى ان
يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه بمنعه من وصول حقه
له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على احد فلا يملكه كما لا
يملك احد الشريكين ان يحابي بنصيبه بغير رضا الآخر بخلاف
الابراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو ايضا لا يؤدي الى قسمة لان القسمة
انما تكون مع بقاء النصيبين ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه
ملك فلا يكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه فقط وذلك جائز
قبل القسمة الا ترى انه لو اقر بنصيبه من الدين لانسان صح اقراره
وصار ملكا للمقر له لكونه اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز
ذلك قال وبطل صلح احد ربي السلم عن نصيبه على
ما دفع اي على ما دفع من رأس المال وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط ان يكون هذا الصلح
على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال
بالمسلم فيه لابي يوسف انه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في
سائر الديون وهذا لان الصلح فيه على رأس المال كالصلح في غيره
على ما اراد من المال الا ترى انه يجوز اذا اجازه شريكه ويشاركه
في المقبوض ويرجعان على الغريم واذا كان كذلك وجب ان ينفذ
في حصته ثم يكون لشريكه الخيار ان شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما
وان شاء رجع على المسلم اليه كما في سائر الديون وكان له نصيبه في
المسلم فيه ولهما ان هذا العقد جمعهما فلا ينفرد احدهما بفسخه
وهذا لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف
فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد تم بهما فصار كل واحد

منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم
ما لم يتم ذلك بالشطر الآخر كما لو زوج أحد المعتقين المعتقة بخلاف
شراء العين فإن العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد إلا بوجودها
فلذا يكون أصلا لصحة الرفع لأن العين موجودة حسا ومعاينة قبل
العقد وأن لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده
بالعقد فلذا رفعه لتمام العلة فيها وفي المسلم فيه لا يثبت الملك
إلا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه إلا به فكان فعلهما علة ثبوت
الشركة والولاية ولأنه لو جاز في نصيبه خاصة بدون إذن شريكه
لكان قسمة للدين وهو في الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير إذنه فلا
بد من إجازته دفعا للضرر عنه ولأنه يلزم منه رجوع شريكه عليه
عود الدين وهو المسلم فيه إلى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه
ولهذا لو تقايلا ثم فسخا الإقالة لا ينفسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه
أيضا أن يكون صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد إلى ذمته ولا
بالثاني أيضا الحال لا يبقى منه شيء لأن عوضه براءة ذمته ولن يحصل
ذلك إلا بسقوط الكل هذا إذا كان رأس المال مخلوطا فلا إشكال
فيه وإن لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه
قال بعضهم يجوز عندهما أيضا لأن المانع كونه يؤدي إلى العود
بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا لأن الدافع يأخذ منه ما
دفعه الشريك وليس للآخر أن يشركه فيه لأنه لم يدفع إليه شيئا آخر
فلا يؤدي إلى عوده بعد السقوط وقال بعضهم هذه الصورة أيضا
على الخلاف لأن عدم الجواز عندهما لكونه يؤدي إلى قسمة الدين
قبل القبض ولأن العقد جمعهما إلى آخر ما ذكرنا وقد وجد هذا
المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح لأن العلل التي ذكرناها كل

واحدة

واحدة منها مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة
وعند وجود الخلط بعلل ولأن من أجازه لم يجزه إلا لعدم
العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم لجواز ترادف
العلل على حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم لجواز
أن يخلفه غيره على أنا لا نسلم أن صاحبه لا يشاركه في المقبوض
إذا لم يخلطا المال بل له أن يشاركه فيه لأن الشركة فيه إنما تثبت
لكونهما اشتركا في دين السلم والشركة في دين السلم ثابتة بسبب انه
اتحاد العقد ولهذا لا يقبض أحدهما شيئا من المسلم فيه إلا يشاركه
فيه صاحبه ولا تأثير لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال
عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال ـــ وإن أخرجت الورثة
أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس
أي عن فضة بذهب صح قل أو كثر يعني قل ما أعطوه أو كثر لأنه
حمل على المبادلة لأنه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الإبراء إذ لا
دين عليهم ولا يتصور الإبراء عن العين وبيع العقار والعروض
بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربوا
لاختلاف الجنس وفيه الأثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف
صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلثه
وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وروي أن ذلك كان
نصف حقها وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يتخارج
أهل الميراث أي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط
أن يكون أعيان التركة معلومة لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم وبيع
ما لم يعلم قدره فيه جائز كمن أقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر
جاز وإن لم يعرفا قدره لما ذكرنا ذكر في النهاية معزيا إلى الذخيرة

والى التسمية وقال لا يشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره في التتمة
وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة او وقع
عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي
في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان
فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا يعني مقرا غير مانع لا بد من
تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا
يشير الى ان العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر لعله
روايتين فيما اذا وقع الصلح عن المكيل او الموزون وانما لا ينوب
هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة لا ينوب عن المضمون
فلا بد من تجديده بان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون
ينوب عن الامانة وعند اتحاد القبضين ينوب احدهما عن الاخر
كالمضمون عن المضمون او الامانة عن الامانة قال ـــــ وعن
نقدين وغيرهما باحد النقدين لا ما لم يكن المعطى اكثر من حظه
منه اي لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار
على الذهب او الفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه
من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من
بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من
الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك لما ذكر بانه
لو اعطوه قدر حصته او اقل يكون العروض او العروض وبعض الذهب
او الفضة حصلا لهم بلا عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه
لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير ان يكون مساويا له او اقل وكان ارجح
واولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على اقل من نصيبه
في مال الربا في حالة التصادق واما في حالة التناكر بان انكروا وراثته

نحو

نحو وجه ذلك ان في حالة التكاذب ما ياخذه لا يكون بدلا
لا في حق الاخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني ولا بد من
التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا في هذه
ولو كان بدل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان او
كثيرا قبض في المجلس او لم يقبض لعدم الربوا واذا كان بدل الصلح
دراهم ودنانير صح الصلح كيف ما كان لا بانصراف الجنس الى خلاف
الجنس تصحيحا للعقد كما في البيع بل اولى به لان المقصود من الصلح
قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف
قال ـــــ ولو في التركة دين على الناس فاخرجوه ليكون الدين لهم
بطل لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم
الورثة فيبطل فيه ثم يتعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء كان
ـلـ الدين حصة الدين ولم يبين عند ابي حنيفة رحمه الله وينبغي ان يجوز
عندهما في غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف فيما اذا جمع بين
حر وعبد او شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة
كل واحد منهما من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد
والذكية وفي النهاية ترد هذه المسالة نقضا على مسالة الصلح على قول ابي يوسف
ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا لا يصح في حصة
الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا قالا يبطل في الكل قال
هما هذا مما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن ان يقال المراد
في مسالة الصلح فيما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفي مسالة
السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما قال ـــــ وان
شرطوا ان يبرا الغرما منه اي من الدين صح لانه اسقاط او تمليك
للدين ممن عليه وكل ذلك جائز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة

الجواز واخرى اي حيلة اخرى ان يعجلوا قضا نصيبه متبرعين ثم
قال وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفا نصيبه
من الغرما وهذا في الوجهين ظاهر لانهم اذا اعطوا المصالح شيا
بمقابلة الدين وقدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر
دنيوي وليس في الصورة الثالثة شي من ذلك من الضرر لانهم وان
خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته واستغنى الغرما عنهم
الاضرار المتقدم فان المغني خير من الدين والاوجه منه ان يبيعوه
كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرما ويحيلهم ليتبعوا
من غير بيع شي ليقبضوه لهم ثم ياخذوه لانفسهم ولو كان اعيان
التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل
او موزون قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز هذا الصلح لما فيه من احتمال
الربوا ان يكون في التركة مكيل او موزون من جنسه فيكون بيعه
مع المعيار بجنسه جزافا وقال الفقيه ابو جعفر يجوز لانه
يحتمل ان لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل ان يكون فيها واذا
كان فيها يحتمل ان يكون الذي وقع عليه الصلح اكثر وان احتماله
ان يكون مثله او دونه فهو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة
الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دونها هذا هو الصحيح وهذا
يدل على ان الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه
بيع وبيع المجهول لا يجوز والاول اصح لان الجهالة هنا لا تفضي
الى المنازعة لانها في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم
حتى لو كانت في يد المصالح او بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده
معلوما للحاجة الى التسليم قال ـــــ ولو على الميت دين

محيط

محيط بطل الصلح والقسمة لان الورثة لا يملكون التركة في هذه
الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث
لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط ان لا
يرجع في التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براة الاصيل
وهو الميت فتصير حوالة فيتخلص الميت عن الدين فيجوز تصرفهم
فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغي لهم ان يقسموه او يصالحوا
عنه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان
كل جز من اجزا التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف
الى جز دون جز فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة
وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو
منع غير المستغرق منه ملك الوارث ادى الى الحرج او الى ان
لا يملكوا اصلا فقلنا بانهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون
من التركة قدر الدين ويتركه حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا الى
نقض القسمة

كتاب ـــــ المضاربة

قال رحمه الله هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب يعني
المضاربة عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر هذا
في الشرع والمراد بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرطا فيها الربح
لاحدهما لا يكون مضاربة على ما نبين وقيل هي عبارة عن دفع
المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا فيكون
الربح لرب المال بسبب ماله لانه نما ملكه وللمضارب باعتبار
انه سبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في
الارض وهو السير فيها قال الله تعالى واخرون يضربون في الارض
يعني الذين يسافرون للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب

يسير في الارض على طلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون
في الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح واهل الحجاز يسمون هذا
العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال يقطع
قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة
لكونها موافقة لما تلونا من نظم الاية وهي مشروعة لشدة الحاجة
اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى
التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لينتظم مصالحهم فانه
عليه السلام بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها وتعاملها
الصحابة رضي الله عنهم الا ترى الى ما روي ان عباس بن عبد المطلب
كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسلك به بحرا وان
لا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل ذلك
ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه
فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها ان يكون راس
المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شائعا ونصيب كل
منهما معلوما وان يكون عينا مسلما اليه فان فقد شيء من هذه
الاشياء فسدت وركنها ان يقول دفعت هذا المال اليك
مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله
بيننا نصفان ونحو ذلك من الالفاظ التي تثبت بها المضاربة
وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وانواعها
عامة وخاصة على ما يجيء كل منه مفصلا قال والمضارب
امين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد اجير وبالخلاف
غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب
المال مستبضع لانه يدفع المال اليه على وجه المضاربة

يكون

يكون امينا لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة
واذا اراد ان يجعله عليه مضمونا اقرضه راس المال كله ويشهد
عليه ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض
يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط
واخذ راس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ راس المال
بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل او اقرضه
كله الا درهما منه ويسلمه اليه ويعقد شركة العنان ثم يدفع اليه
الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان
هلك فالهلاك عليه وانما صار وكيلا بالتصرف لانه متصرف في ملكه
بامره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا له اذا ربح لانه هو
المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة
صحتها وصحة الاشتراط وانما صار اجيرا اذا فسدت
لان الواجب له فيها اجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل
عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولا عمله غيره داخل تحت
المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل بخلاف الشريك
حيث لا يستحق اجره اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال
لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله
على النحو الذي ذكرنا في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود
التعدي على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض
ان يكون في يده الا على الوجه الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى
فصار غاصبا فيضمن وانما صار المضارب مستقرضا باشتراط
كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار راس المال ملكا له
لان الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرط ان

يكون جميع الربح له وقد ملكه جميع راس المال فمقتضى قضيته
الا يرد راس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيرها لكن
لو شرطه المضاربة تقتضي رد راس المال فجعلناه قرضا لاشتماله
على المعنيين عملا بهما ولان القرض ادنى التبرعين لانه يقطع الحق
عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان اولى لكونه اقل
ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان
المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا
متبرعا فهذا هو معنى البضاعة ثم انه نص عليها قال وانما
تصح بما تصح به الشركة ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي
الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما
وقد بيناه في الشركة وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون
لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير راس المال بمثل المقبوض
وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يسترزح عليها بالتجارة
عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وامكن تقدير
راس المال بالقيمة اذ هي متقومة ولهذا تسمى المضاربة عليها فلا
يجوز الابتداء بها ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن ربح ما لم
يضمن والمضاربة بغير النقود تودي اليه لانها امانة في يد المضارب
وربما زادت قيمتها بعد الشرا فاذا باعها شركه في الربح فحصل
ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق حصته من غير ان يدخل شي في
ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشرا بها يجب الثمن في ذمته لانها
لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل
والموزون عروض لانها تتعين بالتعيين فاول التصرف يكون
فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد
ذلك

ذلك فيظهر ربحه بدون الشرا فيكون هذا استئجارا على البيع باجرة
مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو دفع اليه عرضا وقال بعه
واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي لا يجوز لانه قيد اضافة عقد
المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العرض
اولا وهو يبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو
كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد
واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها الا توكيل
واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع
وهذا لما عرف ان الاضافة الى الزمان المستقبل غير التعليق
بالشرط الا ترى ان الاضافة سبب للحال دون التعليق ولو دفع اليه
العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك راس المال
فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها
فلا يصلح راس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل
به مضاربة جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة للمضاربة الى
ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل
بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان المضاربة توكيل
بالشرا والتوكيل بالشرا بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع
او المبيع عند ابي حنيفة فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان
للمامور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمته نفسه فلا تتصور المضاربة
فيه وعندهما يصح التوكيل بالشرا بما في ذمة الوكيل من غير
تعيين ما يشتري حتى يكون مشتريا للآمر لكن المشتري عروض فلا تصح
المضاربة بها على ما ذكرنا قال ويكون الربح بينهما مشاعا اي
لا تصح المضاربة الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق

دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل به مضاربة

المضاربة
قال اقبض ما لي
دين على فلان واعمل
به مضاربة

به حتى لو شرطا لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لانه يؤدي
الى قطع الشركة على تقدير ان لا يزيد الربح على المسمى قال
فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر مثله لا يجاوز على المشروط
وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح
المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نماء ملكه ويجب الاجر
للمضارب وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب
بتسليم المنافع والعمل كما في اجير الوحد وقد وجد وعن
ابي يوسف انه لا يجب كما لا يجب في الصحيحة منهما مع انها
فوقها في الصحة حكما واستحقاق المسمى فيها والمال في المضاربة
الفاسدة امانة غير مضمونة بالهلاك كما في الصحيحة منها
لان الفاسد من العقود تاخذ الحكم من الصحيح منها ولانه عين
في يده بحق ولو تلف بعد العمل فله اجر المثل وقيل هذا عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بنا على اختلافهم
في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان هذا
للعقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ بهذا
الطريق ما شاء من المال والعروض وهما على الظاهر ان هذه مضاربة
لفظا واجارة معنى من حيث انه طلب العمل باجرة فعملنا باللفظ
في انتفاء الضمان وبالمعنى في حق وجوب اجر مثله ربح او لم يربح او
يقول انه كاجير الوحد من حيث انه لا يتمكن من ايجار نفسه في
ذلك الوقت قال وكل شرط يوجب جهالة الربح
يفسدها والا فلا ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب
اي ان لم يكن يؤديا الى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي
يؤدي الى جهالة الربح من الشروط ان يشترط رب المال على

المضارب

المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها
سنة وذلك يفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله
والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى يجب
حصته ويسقط ما اصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على
رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى
جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح يقابل بعمله لا غير
ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزءا معلوما من الربح
ربه شائعا ثم هو شرط لا تقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة
لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها
تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد لا
يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا
ويكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لانه ما فات جزء
من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب امين
فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الاصل فيه ان كل شرط يوجب جهالة
في الربح او قطع الشركة فهو مفسد وما لا فلا قال ويدفع
المال الى المضارب يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له من ذلك
لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما ياخذه مقابل بعمله والمال
محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال امانة في
يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا
يشترط فيها تسليم المال الى الاخر لان الشركة انعقدت على العمل
منهما فشرط انتفاء يد رب المال فيها يخرج العقد من ان يكون شركة
ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من احد الجانبين والعمل من الاخر
ولا بد من تسليم المال الى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل

والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال في ذلك فلا
يجوز سواء كان المالك عاقلا او غير عاقل كالصغير والمعتوه
لان يدهما على مالهما بجهة الملك كالكبير فتبقى يدهما فيمنع كونه
مسلما الى المضارب وكذا احد الشريكين اذا دفع المال مضاربة
فشرط ان يعمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فيمنع
ذلك من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط
ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان العاقد ليس باهل للمضاربة
في ذلك المال كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط
عمله مع المضارب لان التصرف فيه كالاب والجد ثابت له في هذا
المال وبيده بنفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان
قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ
ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال
الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من
من الربح فهو جائز لانهما لو اخذا ماله مضاربة ليعملا بانفسهما
بالنصف صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح
لان كل مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون
فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع
للصغير حتى لا يطول الينا به فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه
كشرطه فيشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال
ولم تتحقق وان دفع العبد الماذون ماله مضاربة وشرط
عمل مولاه مع المضارب شرطا فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة
لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من اهل المضاربة فيه وان كان
عليه دين فالمضاربة جائزة عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا

حق

حق للمولى فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة
وشرط عمل مولاه معه لا تفسد مطلقا لانه لا يملك ما في يده فصار
كالاجنبي سواء كان عليه دين او لم يكن قال ويبيع بنقد
ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع يعني
للمضارب ان يفعل هذه الاشيا كلها اذا كانت المضاربة
صحيحة مطلقة بان دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا
ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل ما هو
معتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة
او في نوع من الاموال دون نوع فيطلق له الكل ليحصل غرضه وهو
تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع والمسافرة من صنيعهم
وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر به لانه تعريض على الهلاك من
غير ضرورة وعن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه ان دفع اليه المال في
بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له ان يسافر
به الى بلده لان الظاهر ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يقيم ببلد
الغربة دائما في الغالب واعطاوه المال مضاربة في هذه الحالة
مع علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة
من الضرب في الارض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد اذ اللفظ
دال عليه ولا نسلم انه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة
ولا معتبر بالموهوم الا ترى ان للمودع ان يسافر بالوديعة مع انه ليس
له ان يودع والمضارب له ذلك فكان ادنى منها واولى بالجواز
وقال [illegible] ليس له ان يبيع بالنسيئة لان ذلك التصرف يوجب
قصر يده عن مال المضاربة وعجزه عن التصرف فيه فيكون موجبا
لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان القرض يمكن

الوصول اليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها
نوع اهلاك او شرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث
ونحن نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف عندهم
فيدخل تحت الاطلاق ولان المتعارف كالمنصوص عليه وهو اقرب
الى تحصيل الربح عادة فكان اوفق لمقصود رب المال وله ان ياذن
لعبده من مال المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد
انه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد
لا يكون شريكا فافترقا قال ولا يزوج عبدا ولا امة وعن ابي
يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يصل الى المهر
والى سقوط نفقتها بخلاف تزويج العبد فانه يشغل رقبته بالدين
واستحقاق بيعه به ولهما انه ليس من باب التجارة ولا يدخل تحت الاطلاق
لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا باي طريق
كان الا ترى انه ليس له ان يكاتب ولا يعتق على مال وان كان باضعاف
قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يزوج الامة دون العبد
لان الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة ولهذا كان له ان يكاتب فيملك
تزويج الامة ايضا ونظيرها الاب والوصي حيث يملكان تزويج
الامة والكتابة دون تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير
فمهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ونظير المضارب الشريك
شركة عنان ومفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف
قال ولا يضارب الا باذن او باعمل برايك يعني لا يجوز
له ان يعطي المال مضاربة الا ان ياذن له رب المال او يقول
له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه
او التفويض المطلق اليه الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل غيره

الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد الماذون له والمستعير
حيث تضمنت هذه العقود امثالها لانهم يتصرفون بحكم المالكية
لا بحكم النيابة لان المكاتب صار حرا يدا فله ان يكاتب ولان الكتابة
كالبيع من نفس العبد فيملكه والماذون بفك الحجر بقي متصرفا
لنفسه فله ان ياذن لعبده والمستعير يملك ايضا تمليك المنفعة
وبخلاف الايداع والابضاع لانهما دونها فيتضمنهما وبخلاف
الاقراض والاستدانة حيث لا يملكهما الا بالتصريح لان المراد
من قوله اعمل برايك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا منه
فصارا كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة والخلط
بمال نفسه لانهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برايك
قال ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعا مل
كم في الشرح اي اذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه لا
يجوز او في سلعة بعينها او في معاملة رجل بعينه لا يجوز له ان
يتعداه فان تعدى صار ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص
فائدة من خطر الطريق وحماية المضارب ومن نفقته من ماله
وكذا الاسعار تختلف في البلدان فيحصل الفائدة فيعتبر ولو
عين له بلدا واخرجه الى غير ذلك البلد او دفعه بضاعة الى
من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وان
اشترى شيئا بعد ذلك كان المشترى له لانه بالاخراج بطل
المضاربة ويتقرر ذلك بالشراء او النقد من مال الغير فكان له فصار
كمن اشترى شيئا ونقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيئا
حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ من الضمان كالمودع
اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة

مثل ما كان لأن يده باقية بالعقد السابق ولهذا لو رد البعض يكون
المردود مضاربة حتى لو اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة اعتبارا
للجزء بالكل لأن التقييد به لما أن يفيد تقيد به وصار بنفس الإخراج
متعديا ضامنا للمال لأنه لا يتقرر إلا بالشراء من بلد آخر فإذا رجع
قبل التصرف زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف
ما إذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لأن المصر
الواحد قل ما يتفاوت جوانبه وأسواقه لأنه بقعة واحدة فلا
يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في هذا السوق ولا
تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لأن المال له وولاية التصرف فيه
إليه ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة ولذا أخذنا ألا
ترى أن المودع إذا شرط عليه الحفظ في محلة ليس له أن يحفظها
في محلة أخرى فإذا تصور الاختلاف يتقيد به فيضمن إذا خالفه
بخلاف ما إذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث جاز له أن يبيعه
حالا لعدم اختلاف السعر فيهما لأنه خالفه إلى خير صار فيه فهو
نظير من لو وكل شخصا يبيع عبده بألف درهم ونهاه عن أن يبيع بالزيادة
فباعه بالزيادة فإنه يجوز لما قلنا فكذا هذا وهذا لأن الشرط إذا
كان غير مفيد لا يعتبر حتى إذا أودع وقال لا تضعها من يدك ليلا
ولا نهارا لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم الألفاظ التي تفيد التقييد
بالمذكور قوله خذه مضاربة تعمل به في المصر لأن قوله تعمل تفسير
لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم إذا تعقبه تفسير كان الحكم
للتفسير وكذا قوله فاعمل به لأنه في معنى التفسير لأن الفاء للوصل
والتعقيب والذي وصل بالكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا
لو قال خذه مضاربة بالنصف بمصر لأن الباء للإلصاق فيقتضي أن يكون
العمل

العمل فيه وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف في مصر لأن في
للظرف وإنما يكون ظرفا إذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا إذا
قال خذه مضاربة على أن تعمل بمصر لأن على للشرط فيتقيد به
ولو قال خذه مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن
في العمل في غيره لأن الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه
وإنما يعطف على غيره وقد يكون للابتداء إذا كان بعدها جملة
فيكون مشورة لا شرطا في الأول وفي الثاني ما يفيد التقييد
من الألفاظ ستة دفعت إليك المال مضاربة على أن تعمل
بالكوفة أو لتعمل به أو تعمل بالكوفة مجزوما أو مرفوعا أو فاعمل
به بالكوفة أو قال دفعت إليك مضاربة بالنصف بالكوفة
وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت إليك مضاربة واعمل بالكوفة
به أو قال اعمل بالكوفة والضابط أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة
ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل
مبنيا عليه كما في الألفاظ الستة وإن استقام الابتداء به لا يبنى على
ده ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الأخيرين وحينئذ يكون الرأي
مشورة وكان له أن يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة
على أن يشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال
تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال لتشتري به
الطعام أو قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله
يفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على أن يشتري من فلان
ويبيع منه صح التقييد وليس له أن يشتري ويبيع من غيره لأن
هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء
ولو قال على أن يشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة ويبيع

منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او غير الصيارفة جاز لان المقصود
من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان او بالنوع فيتقيد بالمكان
او النوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول ويبيع من
اهلها ومن غير اهلها ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني
ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع
مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد باهل الكوفة والصيارفة لان
كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الطالح
والصالح فلا يفيد التقييد بهم الا الحجر ويفيد التقييد بالمكان والنوع
من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت للمضاربة
وقتا يتقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان
قال ولم يشتر من يعتق على المالك اي ليس له ان يشتري
من يعتق على رب المال لقرابة او سبب لان عقد المضاربة
شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفي التصرف فيه
شراء او العتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له
ان يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك مطلق
فيجري على اطلاقه وهنا يتقيد بالمحل الذي يتجر فيه حتى لو وجد
في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لي عبدا ابيعه
او قال استخدمه او جارية اطاها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق
على رب المال صار مشتريا لنفسه لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ
على المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل
من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بيناه قال
او عليه ان ظهر ربح اي ليس للمضارب ان يشتري من يعتق عليه اذا
كان في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب

المال

ف

المال او يعتق على الاختلاف الذي بيناه في العتق فيمتنع التصرف
فيه والمراد من ظهور الربح المذكور هنا ان تكون قيمة العبد المشترى
اكثر من راس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح او لم يكن
لانه اذا كان قيمة العبد مثل راس المال او اقل لا يظهر ملك
المضارب فيه بل يجعل مشغولا براس المال حتى اذا كان راس
المال الفا وصار عشرة الاف درهم فاشترى المضارب من
يعتق عليه وقيمته الف او اقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له
بالمال اولاد او اكثر وقيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم لا يعتق
منهم شيء لان كل واحد مشغول براس المال ولا يملك المضارب
منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عبد على راس المال على حدة من غير
ضمه الى الاخر قال وضمن ان فعل اي ضمن المضارب
ان اشترى قريبه وقيمته اكثر من راس المال لانه يصير مشتريا
العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال وان
لم يظهر ربح صح اي ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة على
راس المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على
لا راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا
براس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيجوز قال فان ظهر
عتق حظه اي ان ظهر الربح في المشترى بعد الشراء بان كانت
قيمته وقت الشراء قدر راس المال او اقل ثم زادت قيمته حتى
صارت اكثر من راس المال عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض
قريبه فوجب ان يعتق عليه بقدره قال ولم يضمن لرب
المال لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب
زيادة القيمة من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره قال

ويسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه لانه احتبست
ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما ابوه
وهي الثانية لو اشترى بنصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه
بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه
وانما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا
والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى اذا اشترى احد
الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشتري
كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الاب والوصي للصغير عبدا
هو ذو رحم محرم من الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ
على الاب والوصي لانه لا نظر فيه للصغير بخلاف العبد المأذون
له فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين
محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين محيط برقبته
وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على انه هل يدخل في ملك المولى
او لا قال معه الف بالنصف اي مع المضارب فاشترى به امة
قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه موسرا اي ادعاه المضارب
في حال يساره فبلغت قيمته الفا وخمسمائة سعى لرب المال في الف وربعه
اي ربع الالف وهو مائتان وخمسون او اعتقه وان قبض الالف ضمن المدعي
وهو المضارب نصف قيمتها اي نصف قيمة الجارية وانما كان كذلك لان
دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه حمل على انه ولده من النكاح
بان زوجها البائع منه ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على
الصلاح لكن لا ينفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل
واحد من الجارية وولدها مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه لما
عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها

لا يزيد

لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لان بعضها
ليس باولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب
في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا ينفذ
دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت الفا وخمسمائة ظهر
الربح فيه في ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت
دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق
الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق
انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد حدوثه اما الدعوة فاخبار
فاذا ردت في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت
دعوته فيه كما اذا اقر بحرية عبد الغير ثم اشتراه فاذا ملكه بعد
ذلك صار حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا
نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم
يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق يثبت بالملك
والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك اخرهما وجودا
فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير
اصله وضع القفة على السفينة والقدح الاخير ولهذا قال الصديق
رضي الله عنه للذي اعترف بين يديه بالزنا ثلاث مرات اياك والرابعة فانها
هي الموجبة ولا صنع للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم
التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان لرب المال الخيار ان شاء
اعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه لان ماليته احتبست عنده
على ما مر في الاعتاق فاذا اختار الاستسعاء استسعاه بالف ومائتين وخمسين
لان الالف مستحق له براس المال والمائتين نصيبه من الربح فاذا قبض الالف
درهم صار مستوفيا لراس ماله وظهر ان الام كلها ربح لفراغها عن راس المال

قبض صح

فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها
ام ولد له لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزى
بالاجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان او معسرا لانه
ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على
التعدي لانه ضمان تملك ولهذا لو ورث ام ولده مع غيره تملكها
كلها ويجب عليه ان يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان او معسرا
بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان افساد لا تملك وهو يتولد من تصرفه
في ملكه فلا يجب بغير تعدي ولا على معسر واشترط اليسار ليعلم
انه لا يجب على احد وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام
حتى يصير الجارية ام ولد للمضارب لانها مشغولة براس المال فاذا قبضه
من الغلام فرغت عن راس المال وصارت كلها ربحا وظهر فيها ملك
المضارب فصارت ام ولد له لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض
من الولد من الربح وهو يمكن بان يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة
براس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس راس المال فكان
هو اولى بجعله من راس المال ولان راس المال مقدم على الربح اذ لا
يسلم لهما شيء من الربح الا بعد سلامة راس المال لرب المال فكان جعله
له اولى بعد وصوله الى يده ولو لم يزد قيمة الولد على الف وزادت
قيمة الام حتى صارت الفا وخمسمائة صارت الجارية ام ولد للمضارب
ويضمن لرب المال الف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما
زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت
دعوته فيها ووجب عليه لرب المال راس ماله وهو الف ووجب عليه
ايضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده الف
استوفى راس المال فصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه

نصفه

نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق
على نحو ما ذكرنا في الام ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على انه نصيبه
من الربح ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت الجارية ام ولد
له لان الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ راس المال من المضارب
لان ما وجب عليه ايسر المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية
مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه ايضا ما بقي من نصيبه
من الربح ويضمن ايضا نصف عقرها لانه لما استوفى راس المال
ظهر انه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام
في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله اعلم

باب المضارب يضارب

قال فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن ما لم يعمل اي اذا
دفع المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن بالدفع
ما لم يعمل يتصرف الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن
ابي حنيفة انه لا يضمن حتى يربح وقال زفر يضمن بالدفع تصرف او لم
يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف لانه ليس له ان يدفع المال على
وجه المضاربة لان العقد لا يتضمن مثله على ما سنذكره فيضمن الاول
بالدفع والثاني بالاخذ لان كلا منهما متعد كالمودع اذا اعار او اودع
بغير اذن صاحبه ووجه الظاهر ان الدفع ايداع حقيقة وانما
يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف ووجه المروي عن ابي حنيفة
ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد
بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك
ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له ان يوكل
وهذا لانه لما تصرف صار ضامنا بالمخالفة ولهذه الاشياء لا تصير مخالفا

الثاني

الا ترى ان له ان يفعل كل واحد منهما على الانفراد ولا يكون ضامنا
به لكن اذا ربح اثبت الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان
كما اذا خلطه بمال الغير ثم رب المال بالخيار ان شا ضمن الاول راس ماله
لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شا ضمن الثاني لانه قبض
مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا ظاهر على اصلهما لانهما يوجبان الضمان
على مودع المودع واما عند ابي حنيفة فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني
كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده ايضا لانه قبضه لنفع نفسه
بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول
صحت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطا لانه باداء الضمان
ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني
وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض
له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالحق اذ هو مغرور من جهته
كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان
عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت التعدي فتبين انه دفع مضاربة
ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثاني
ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول لانه
يستحقه براس المال وملكه فيه ثبت مستندا الى وقت التعدي فلا يخلو
عن شبهة فيكون سبيله التصدق وهذا اذا كانت المضاربتان
صحيحتين واما اذا كانت احداهما فاسدة او كلاهما فلا ضمان على
واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة صار اجيرا على ما
بينا وللاول ان يستاجر من يعمل في المال وان كانت هي الاولى فكذلك
لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة
وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار
الثاني

وكذلك اذا كانا
فاسدتين فاذا كانا
اجيرين صح

الثاني شريكا وليس للاجير ان يشرك غيره بل المضارب لا
يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين لا يضمن
واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له ان يستاجر للعمل فكيف
جاز هنا للمضارب الاول ان يستاجر بعد ما فسدت الاولى
وهو اجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح
منها فلما كان له ان يستاجر في المضاربة الصحيحة كان له ان يستا
جر في الفاسدة ايضا قال فان دفع باذن بالثلث وقيل ما
رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثاني
الثلث اي دفع رب المال المضارب الاول الى المضارب الثاني
بالثلث وكان رب المال قال للاول على ان ما رزق الله بيننا نصفان
وربح الثاني فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب
الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني صحيح لانه بامر المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني
ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب
المال شيا فبقي له السدس ويطيب ذلك لهم لان رب المال يستحقه
بالمال لانه نما ملكه وللمضارب الاول والثاني يستحقانه بالعمل
لان عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير من استاجر خياطا ليخيط
له ثوبا بدرهم واستاجر هو غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم
وزاد فيه الثوب طاب لهم جميعا لما قلنا فهذه لا شبهة فيها وهي
تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح [illegible] قال
ولو قال ما رزقك الله بيننا نصفان اي قال رب المال للاول
ذلك والمسالة بحالها فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك
نصفان لان رب المال هنا شرط ان يكون ما رزق الله تعالى المضارب

الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث
استحقه الثاني بشرط الاول وهو ما دون له فيه فلم يكن من
رزق الاول الا الثلثين فيكون ذلك بينهما نصفان ويطيب لهم
بلا شبهة ايضا لما ذكرنا وهذه احسن في حق الاول قال
ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني
النصف واستويا فيما بقي اي قال رب المال للمضارب الاول
اي شيء ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف
فللثاني نصف الربح لان الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن
المالك والباقي وهو النصف استواه رب المال والمضارب
الاول فيكون بينهما نصفين لان رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا
نصف ما ربحه الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف الاخر صار
للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول وهذه مثل المسئلة الثانية
غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فبقي لهما الثلثان وفي هذه النصف
النصف فبقي لهما النصف قال ولو قيل له ما رزق الله فلي
نصفه او ما كان من فضل فبيننا نصفان ودفع بالنصف فللمالك النصف
وللثاني النصف ولا شيء للاول لان قول رب المال ما رزق الله او ما كان
من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد
شرط المضارب الاول للثاني نصف جميع الربح فيكون له ايضا النصف
فلم يبق للاول شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استاجر رجلا ليخيط له
ثوبا بدرهم فاستاجر غيره له ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما الاجير صح
اذا قال ما ربحت بيننا نصفان او ما رزقك الله حيث يكون لرب
المال فيها نصف ما بقي من الثاني وهي المسئلة المتقدمة على ما بينا
والاصل فيه ان رب المال متى ما شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه
من

جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربح المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط صح

من مطلق الربح فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن ان
يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاولى يمكن على ما رايت ويمكن ان
يضمن للثاني ايضا على ما نبين قال ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة
بحالها ضمن الاول للثاني سدسا اي سدس الربح من ماله لان رب المال
شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب
الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما
لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له
قدر السدس لانه ضمن له سلامته لما التزم بالعقد ولانه غره في ضمن
عقد المضاربة وهو ايضا سبب للرجوع كمن استاجر رجلا لخياطة
ثوب بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف قال
وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على ان يعمل معه ولنفسه
ثلثه صح اي اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب
المال ثلث الربح على ان يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز
لان شرطه للعبد يكون شرطا للمولى فكانه شرط للمولى ثلثي الربح
واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من اهل ان يضارب في مال مولاه
وللعبد يد حقيقة ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد
وان كان محجورا عليه لا سيما هنا لانه يكون العبد ماذونا له
باشتراط العمل عليه ولا يكون يد مولاه ثابتة فيتحقق التسليم اليه
فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل
رب المال لان يده تمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان
لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد او لم
يشترط وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله وان لم يشترط

جنس راس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنيه
وفي الاستحسان له ان يبيعه بجنس راس المال لان الواجب على المضارب
ان يرد مثل راس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له بيعه
ضرورة ويؤيده وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض
كعزله والمال عروض حتى لا ينعزل بموت رب المال من بيعه كما لا
يمتنع عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب
لاحتمال ان يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون العزل
حكما او قصدا لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن
له فيه حق بان نض كله او كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه
بين العزل القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا
علم وفي الحكمي ينعزل علم او لم يعلم على ما بينا من الفرق بينهما في الوكالة
وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل
حال والدليل على انهما يستويان فيه ان العلم بالعزل لا تاثير له هنا
فلا يتوقف حكما لان القصدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا قال
ولو افترقا وفي المال ديون وربح اجبر على اقتضاء الديون لانه كالاجير
والربح كالاجر له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجاره
المحضه قال والا لا يلزمه الاقتضاء اي ان لم يكن في المال ربح
لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع
على ايفاء ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد
واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم مع اخذه لانا نقول الواجب
عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة قال
ويوكل المالك عليه اي يوكل المضارب المالك وهو رب المال على
الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد ورب المال ليس بعاقد فلا
يمكن

يمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه
وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي
لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل صاحب المال كيلا
يضيع حقه قال والسمسار يجبر على التقاضي لانه يبيع
ويشتري للناس عادة باجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة
بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه
بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان في المال ربح والسمسار بكسر
الاول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية معربة والجمع السماسرة
يبيع ويشتري للناس باجر من غير ان يستاجر ولو استوجر باجر معلوم
على ان يشتري او يبيع شيئا معلوما لا يجوز الاجارة لانه استوجر على
عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء والبيع لا يتم الا بمساعدة
غيره وهو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في جوازه
ان يستاجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشراء الى اخر المدة
لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر
على تسليمه بتسليم نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط واعطاه شيئا
لا باس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة
وما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن قال وما هلك
من مال المضاربة فمن الربح لانه تابع وراس المال اصل لتصور وجوده
بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه
بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو في الزكاة قال
فان زاد الهالك على الربح لم يضمنه المضارب لانه امين ولا يكون
ضمينا للتنافي بينهما في شيء واحد قال وان قسم الربح وبقيت
المضاربة ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح لياخذ المالك راس ماله

اي اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها
بان قسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على انه راس
المال والمقسم ربح ثم هلك المتروك في يده وهو اقل منه يرد الربح
الذي قسماه حتى يستوفي رب المال راس ماله لان الربح تبع
وراس المال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل وقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه
حتى يسلم له راس ماله فكذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه
او قال فرايضه واذا هلك ما في يده تبين انه ليس براس مال وان ما اقتسما
ليس بربح اذ لا يتصور بقا التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما اخذه
على انه ربح لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب عليه
من راس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضا دين الميت
ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت
ووجب عليهم التراد لقضا الدين فان ادى منهم غرمه وهو محسوب عليه
من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شي الا بعد قضا الدين قال وما
فضل فهو بينهما اي ما فضل من راس المال بعد التراد يكون بينهما لانه
ربح لان رب المال لم يستحق بعد استيفا راس ماله الا في الربح قال
وان نقص لم يضمن المضارب لانه امين فيه قال وان قسم الربح
وفسخت ثم عقداها فهلك لم يتراد الربح الاول اي لو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم
يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت
الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض
الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا اخر وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف
المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده

من راس

حتى يتم راس المال
بخلاف ما بقي في يده
حيث لا يضمنه لانه
باصله لسبقه صح

من راس المال وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب راس المال الى
رب المال ثم يقتسمان الربح ثم يرد رب المال راس المال الى المضارب رب
ويقول له اعمل على المضاربة فيكون ذلك مضاربة مستقبلة
فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاولى
وهكذا اذا فعلا ذلك في كل ما اقتسما لا يجب عليهما التراد عند
الهلاك فصل اعلم ان ما يفعله المضارب ثلثة
انواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار
كالرهن والارتهان والايجار والاستيجار للركوب والحمل والسراية
ولو سفينة اذا احتاج اليها وباخر الثمن الى اجل متعارف ولو بعد
البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي يوسف حيث لا يجوز
التاجيل الدين بعد البيع لانه لا يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قال له اعمل برايك وهو ما
يحتمل ان يلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال
مضاربة او شركة وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب
المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف التجارة عليه
فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التثمير فمن هذا الوجه
يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دال عليه
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه وهو
الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته
هو ان يشتري بالدين بعد ما اشترى براس المال كله نوعا من التجارة فاذا
فعل ذلك بامره كان المشتري بينهما على ما شرطا وربحه يتبع اصله
حتى يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل شرطهما فيه بخلاف ذلك
اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى براس المال عروضا ثم

اشترى شيئا آخر بالدين يكون زائدا على راس المال فلم ينعقد عليه
المضاربة او اشترى باكثر من راس المال ابتدا كان حصة دفع الزيادة
شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب واذا اذن له نقد عليهما
واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاوها لانه اقراض والعتق
على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب
التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل او موزون
او معدود ينفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة
استحسانا لانهما جنس واحد من وجه قال ولا تفسد المضاربة
بدفع المال الى المالك بضاعة وقال زفر تفسد ولا يستحق المضارب من الربح
شيئا لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل
هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه
بل يكون مستردا لماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت شا
اذا لم يتعلق حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتدا او كما اذا اخذه
بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه
مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه ان يكون
المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان
بالموجر وفعله الموجر لا يستحق الاجرة كالخياط اذا استعان بصاحب
الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد
وصار التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا
فيه كالاجنبي ولان المضاربة فيها معنى الشركة في الربح حتى جاز من غير توقيت
وببعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيئا لم يستحق شيئا ولو كان
اجارة لاستحق الاجر بالعمل وانما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه
رب المال فرعا على المال واذا كان الاستبضاع بهذا الطريق صح رب المال

معينا

معينا للمضارب لانه عامل فيه من عمله نائبا تقديرا وكذا يده فلا يكون
باخذه لا على وجه الفسخ مبطلا لها كالراهن اذا استعار المرهون لا يكون
مبطلا للرهن بخلاف ما اذا اخذه بنفسه من غير ان يدفع اليه المضارب
لانه لا يمكن ان يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه
ضرورة انه يملك ذلك ولا استردادا اذا كان المال ناضا حتى لو كان عروضا
واخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه
الحالة وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتدا او اخذه بعد التسليم على وجه
المضاربة او شرط عليه العمل ابتدا حيث يكون هذه الاشيا مبطلة
للمضاربة لانها تمنع التخلية او يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد
فيخرج به من ان يكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياط لانها اجارة
محضة ولا يتصور ان يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ تسليم المنفعة
او العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على
ما بينا قال ـــــ وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال
المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء اي ان سافر
المضارب للتجارة في مال المضاربة فماكله ومشربه وملبوسه يكون في مال
المضاربة وان عمل في مصره فنفقته في ماله كما يكون الدوا في ماله مطلقا لان
النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر
صار محبوسا به فيجب مؤنته الكاينة فيه بخلاف الدوا لانه من العوارض
وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله
والمضارب لا يستحق الا الربح فيمكن ان لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه
يتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا
كان العمل في مصره لانه لو لم يحتبس لاجل المضاربة فلا يجب له النفقة
فيه وهذا لانه ساكن بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير

ناضا

ص

اشترى شيئا آخر بالدين يكون زائدا على راس المال فلم ينعقد عليه
المضاربة او اشترى بأكثر من راس المال ابتدا كان حصة دفع الزيادة
شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب واذا اذن له نفذ عليهما
واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق
على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب
التجارة ولا تملك الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل او موزون
او معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة
استحسانا لانهما جنس واحد من وجه قال ولا تفسد المضاربة
بدفع المال الى المالك بضاعة وقال زفر تفسد ولا يستحق المضارب من الربح
شيئا لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل
هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه
بل يكون مستردا لماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت شا
اذا لم يتعلق حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتدا او كما اذا اخذه
بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه
مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه ان يكون
المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان
بالموجر وفعله الموجر لا يستحق الاجرة كالخياط اذا استعان بصاحب
الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد
وصار التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا
فيه كالاجنبي ولان المضاربة فيها معنى الشركة في الربح حتى جاز من غير توقيت
وبعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيئا لم يستحق شيئا ولو كان
اجارة لا يستحق الاجرة بالعمل وانما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه
رب المال فرعا على المال فاذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال

معنا

معينا للمضارب لانه عامل فيه فكان عمله نائبا تقديرا وكذا يده فلا يكون
ناخذه لا على وجه الفسخ مبطلا لها كالرهن اذا استعاره المرتهن لا يكون
فسخا للرهن بخلاف ما اذا اخذه بنفسه من غير ان يدفع اليه المضارب
لانه لا يمكن ان نجعل معينا هنا لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه
ضرورة انه يملك ذلك وللاسترداد اذا كان المال نقدا حتى لو كان عروضا
واخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه
الحالة وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتدا او اخذه بعد التسليم على وجه
المضاربة او شرط عليه العمل ابتدا حيث يكون هذه الاشيا مبطلة
للمضاربة لانها تمنع التخلية او يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد
فيخرج بها من ان يكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياط لانها اجارة
محضة ولا يتصور ان يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ تسليم المنفعة
او العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على
ما بينا قال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال
المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله كالدوا اي ان سافر
المضارب للتجارة في مال المضاربة فاكله ومشربه وملبوسه يكون في مال
المضاربة وان عمل في مصره فهي في ماله كما يكون الدوا في ماله مطلقا لان
النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر
صار محبوسا به فيجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدوا لانه من العوارض
وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله
والمضارب لا يستحق الا الربح ويمكن ان لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه
لتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا
كان العمل في مصره لانه لو لم يحتبس لاجل المضاربة فلا تجب له النفقة
فيه وهذا لانه ساكن بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير

بسبب الاحتباس به فلم يوجد فيكون نفقته في ماله وهو القياس
في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل او الاجير او الشريك وكل
واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فلهذا الا انا تركناه لما ذكرنا
من المعنى ولان العادة قد جرت ان المضارب ياكل من مال المضاربة
اذا عمل في غير مصره وفي مصره ياكل من ماله والمكان القريب من مصره
بمنزلة مصره والفاصل انه اذا كان في مكان يمكنه ان يغدو
ويروح الى منزله فهو كمصره لان اهل السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون
في منازلهم وان لم يمكنه ان يبيت في منزله فمؤنته في مال المضاربة لانه
صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه واجرة
من يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز
واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة
لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من
من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون
معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو
رجع الى بلده وفي يده شيء من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج
عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده على المحجوج عنه او الورثة وكالغازي
اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة
اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم اخرجها للخدمة وقد بقي شيء من
النفقة في يدها استرده المولى وعن الحسن عن ابي حنيفة ان الدواء
ايضا يكون في مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من العمل
الا به فصار كالنفقة ووجه الظاهر ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة
الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما في حق المراة
وفي النهاية الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال
روى

روى ذلك عن محمد وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب
في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم تجر العادة ان الشريك العامل
ينفق على نفسه من مال الشريك الاخر قال فان ربح اخذ
المالك ما انفق من راس المال اي اذا ربح المضارب اخذ رب المال
قدر ما كان انفق المضارب من راس المال حتى يتم به راس المال فاذا
استوفى راس ماله وفضل شيء اقتسماه لان راس المال اصل
والربح مبني عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل
وهذا لان الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح
على ما بيناه قال رحمه الله فان باع المتاع مرابحة حسب
ما انفق على المتاع لا على نفسه يعني اذا باع المضارب المتاع الذي
انفق عليه ضم جميع ما انفق على المتاع من اجرة الحمل والطراز واجر
السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المرابحة
الى راس المال بان يقول قام علي بكذا لان هذه الاشياء تزيد في القيمة
وتعارف التجار الحاقها براس المال في بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم
ما انفقه على نفسه في سفره ويقلبانه في المال الى راس المال لانهم لم
يتعارفوا بضمه الى راس المال ولانه لا يزيد ايضا في قيمة المتاع بخلاف
الانفاق في المتاع لالحاقها بالزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن قال
ولو قصر او حمله بماله وقيل له اعمل برايك فهو متطوع يعني اذا
قال رب المال للمضارب اعمل برايك فاشترى بمال المضاربة كله
متاعا ثم نقله او قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا لان راس المال
لم يبق منه شيء فيكون دينا على رب المال بعد ذلك استدانة من غير
اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد الثمن بان اشترى باكثر من راس
المال يكون متطوعا في الزيادة وفي الكافي لو اشترى بكل راس المال وهو

الف ثمانا واستقرض مائة للحمل رابح بالف ومائة عند ابي حنيفة
لانها قامت عليه بذلك وان باعها بالفين كانت عشرة من ذلك للمضاربة
المضاربة اي عشرة اسهم على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لانه
استقرضه لنفسه والكرا في ماله خاصة وعندهما تباع الثياب
مرابحة على الالف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع
في الحمل لانه فعل بغير اذنه فصار كما لو استكرا الاجنبي وقال في
المحيط في تعليل قول ابي حنيفة ان المضارب في الثياب حقا يضاهي
الملك الا ترى انه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان
بمنزلة المالك فقامت الثياب عليه بالف ومائة فيبيعها مرابحة على
الكل فاذا باعها مرابحة يقسم ثمنها على ما قامت فما اصاب المضاربة
وهو عشرة اسهم يعتبر للمضاربة فيها على حالها وما اصاب المائة
المستقرضة كان له خاصة قال ـــ وان صبغه احمر فهو شريك
بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لان الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال
المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحملان
لانه ليس بعين مال قائم ولا يكون خلطا بمال المضاربة الا ترى انه يصبغ
على الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المبيع قسم الثمن على قيمة الثوب
ابيض وعلى ما زاد من الصبغ فما اصاب قيمة الثوب كان على المضاربة
وما اصاب الزيادة كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم على قدر الانصبا
وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه ما دون فيه لان قوله اعمل
برايك ينتظمه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما اذا اهبت الريح في ثوب
انسان فالقته في صبغ غيره او اختلط المال المودع بمال المودع بغير
صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برايك فانه لا يكون شريكا بل
يضمن كالغاصب قال ـــ معه الف بالنصف فاشترى به بزا

وباعه

وباعه بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا غرم المالك الفا والمالك الفا اي
غرم المضارب ورب المال الفا غرم رب المال وحده الفا آخر
فيغرم المضارب خمسمائة والمالك الفا وخمسمائة وربع العبد
للمضارب وباقيه على المضاربة وراس المال الفان وخمسمائة لان المال
لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب
المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد
مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلثة ارباعه لرب المال ثم اذا ضاع
الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد
فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلثة ارباعه على رب المال وهو
الف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا
عليه ومال المضاربة امانة وبينهما تنافي ونصيب رب المال المضاربة
لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعني ثلثة ارباع العبد
وراس المال هو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو الفان وخمسمائة
لانه دفع الفا اولا ثم الفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على
الفين لانه اشتراه بالالفين وهو معنى قوله ويرابح على الفين ولو بيع
العبد بعد ذلك باربعة الاف كان للمضارب ربعه وهو الف والباقي
للمضاربة وهو ثلثة الاف فالفان وخمسمائة منها راس المال وخمس
مائة ربح بينهما نصفان قال ـــ وان شرى من المالك بالف
عبدا شراه بنصفه رابح بنصفه اي لو اشترى المضارب من رب
المال بالف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب
مرابحة على نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز ان يبيعه مرابحة على
الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله
بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز

بيّن المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن شبهة
الخيانة فيبني على ما اشتراه به رب المال فيقول المضارب كما لو هلك
له في بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه
من رب المال بالف يبيعه مرابحة على مائة لان البيع الجاري بينهما
كالمعدوم لما ذكرنا فيبني المرابحة على ما اشتراه به المضارب كانه
اشتراه له وباعه اياه من غير بيع قال ومعه الف بالنصف
فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل رجلا خطا فثلثة ارباع الفدا
على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلثة ايام
والمضارب يوما لان مال المضاربة اذا صار عينا واحدة قيمتها اكثر
من راس المال يظهر فيه الربح وهو الف هنا بينهما نصفان والف
لرب المال براس ماله لان قيمته الفان فصار الفدا بينهما على هذا
الوجه ارباعا فثلثة ارباعه على رب المال والربع على المضارب
لان الفدا مونة الملك فيتقدر بقدره واذا فدياه خرج العبد كله
عن المضاربة اما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما
بينا واما نصيب رب المال فبقضا القاضي بانقسام الفدا عليهما
لان قضاءه بالفدا يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفدا
يوجب سلامة المفدى ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى
لان كل الثمن ثم على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع
على رب المال فلم يضمن فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية
صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفدا
صار كانهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما
بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلثة ايام اي
رب المال والمضارب يوما قال ومعه الف فاشترى

به

به عبدا وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك الفا اخرى ثم وثم
وراس المال جميع ما دفع يعني اذا كان مع المضارب الف درهم
فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال واذا
دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد ايضا رجع عليه ايضا وهكذا يرجع
عليه كلما هلك الى ما لا يتناهى ويكون راس المال جميع ما دفع اليه رب
المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشرا الا
مرة واحدة والفرق ان المال في يد المضارب امانة ولا يمكن حمله على
الاستيفا لان الاستيفا لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافي
على ما بينا فكل ما قبض يكون امانة واذا هلك كان الهالك على رب
المال وقبض الوكيل بعد الشرا استيفا ولم يوجد ما يمنع من جعله
مستوفيا لحقه مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان الا ترى ان الغاصب
اذا توكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه ولا حاجة الى جعل
ما قبضه بعد الشرا امانة حتى لو لم يقع استيفا بان دفع اليه الثمن قبل
الشرا ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع
الاول امانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشرا لانه لم
يجب له عليه شي حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون امانة فاذا هلك
رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما
اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشرا حيث لا يرجع اصلا والمعنى ما بيناه
ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على الاستيفا لزم منه تضييع المال
على الموكل لان الماخوذ منه ثانيا تضييع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق
براس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب
فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته بالشرا
من هو العامل ولا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لم ينعز

لانه لم يجب له على الموكل شي ... حتى صار مستوفيا ... امانة ... سماع

ل

بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه ما
دام متصرفا له قال معه الفان فقال دفعت الي الفا وقال المالك
دفعت الفين فالقول للمضارب ومعنى المسألة ان يكون مع المضارب
الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال
بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول
اولا القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الربح
والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع فقال القول
للمضارب وهو قول ابي يوسف ومحمد لان حاصل اختلافهما في
المقبوض فالقول قول القابض في مقدار المقبوض امينا كان او ضمينا
الا ترى انه لو انكر القبض في الكلية كان القول له واذا اختلفا
في راس المال والربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت
لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف
الربح كان القول للمضارب في قدر راس المال لانه القابض والقول لرب
المال في مقدار الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو انكر استحقاق الربح
عليه بالكلية بان قال كان المال في يده بضاعة فكذا في انكار الزيادة
وايهما اقام البينة تقبل بينته لانها مثبتة كاسمها وان اقاما البينة
في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار راس المال
وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا قال معه
الف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح الفا وقال المالك هو بضاعة
فالقول للمالك لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او الشركة في ماله
او شرطا من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هو وديعة او بضاعة او
مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب
يدعي

يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال
القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لانهما اتفقا على
ان الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضمانا وهو
ينكر فكان القول قوله وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاما
البينة كانت بينة رب المال اولى لانها اكثر اثباتا ولو ادعى المضارب ب
العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص او ادعى رب المال
المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها كان القول
للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل
وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان
اعرف به كالوكالة وهذا اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في
الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال ل
نهيا له عن العموم وهو يملك ذلك فيصح نهيه ولو ادعى كل واحد
منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان
القول من يستفاد من جهته الاذن اولى والبينة بينة المضارب
لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان
بان قال رب المال دفعت اليك لا تعمل في طعام في شوال او بالعكس
واقاما البينة كانت بينة من يقول في شوال اولى لان اخر الشرطين
ينسخ اولهما وان لم يوقتا وقتا او وقتا وقتا واحدا او وقتت احداهما
دون الاخرى يقضى بما قال رب المال كانهما لم يوقتا وقد بينا المعنى

اليك مضاربة ان تعمل في بر في رمضان وقال المضارب دفعته

كتاب الوديعة

قال الايداع هو تسليط
الغير على حفظ ماله والوديعة ما تترك عند الامين هذا في الشرع
وفي اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلم
لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم او ليكتبن من

الغافلين اي عن تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما
قلى قرئت بالتخفيف والتشديد والمودوع الشيء المتروك وقال
عليه السلام الايمان نور الله اودعه في قلوب المومنين فعلى العبد
ان يسال التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع
الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اخذت حتى
تؤديه رواه ابو داود والترمذي وقال عليه السلام اد الامانة الى
من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه ابو داود والترمذي وقال
حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى
اهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقا
فيهما قال عليه السلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر
وروي ان زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على
يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقرا
فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادي ايها الملك اسمع كلامي
فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة اقامت المملوك
مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك فسال
عنها فقيل انها زليخا فتزوج بها مرحمة عليها ثم شرط الوديعة
ايجاب يبتنى عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع اودعتك
هذا المال وما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول من
المودع بالقول والفعل وبالفعل فقط وحكمها وجوب
الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب وصيرورة
المال امانة في يده قال ـــ وهي امانة فلا تضمن بالهلاك لقوله
عليه السلام لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع
متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولا يزيله يد المالك

فيكون

الى دوام

فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة
الى الايداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع
فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين ان يكون شيء اخر يحرز
عنه اولا وبين ان يهلك للامين مال غيرها معها اولم يهلك وقال
مالك ان ادعى انها سرقت وحدها يضمن لحال التهمة قال ـــ
وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله لان المطلوب منه ان يحفظها
مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته
وولده ووالديه او غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه
الا يرى ان المراة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا يضمن ولو دفع
الى اجيره الذي يستاجره مشاهرة وينفقه عليه لا يضمن وعن محمد
ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله او دفع الى
امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه
مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره
في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ي
ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال
فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي
يحفظ ماله وذكر اشيا حتى ذكر ان له ان يحفظ بشريك العنان
والمفاوضة وعبده الماذون له في يده ماله ثم قال وبهذا يعلم
ان العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة قال ـــ فان حفظها
بغيرهم ضمن اي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا
يضارب والوضع في حرز غيره من غير استيجار له ايداع حتى
يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم

لا

الله قال الا ان خاف الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره
او فلك اخر لان التسليم الى جاره او الالقا الى سفينة اخرى عند
احاطة النار بداره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به
ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة الى غيره موجب
للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة كما
اذا اتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا اذا لم يمكنه ان يدفعها
الى من هو في عياله وان امكنه ان يحفظها في ذلك الوقت بعيال له
فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها في سفينة
اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت في البحر ابتدا او بالتد
حرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال وان طلبها ربها
فحبسها قادرا على تسليمها او خلطها بماله حتى لا يتميز ضمنها لانه
متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها
بامساكها بعده فيكون معزولا فصار به عليها كالغاصب فيضمن
واما بالخلط صار مهلكا متعديا اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه
بسبب فعله فيجب عليه الضمان ويملك المخلوط ولا سبيل للمودع
في المخلوط عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شا
لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة
فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شا وهذا لان القسمة
فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين
ان ياخذ حصته غيبا من غير قضا ولا رضا فكان امكان الوصول الى
عين حقه قائما معنى فيخير وله انه استهلاك من كل وجه
لانه فعل تعذر به الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك
من العباد اكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير

ضامنا

ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها توجبها الشركة ليصل كل واحد
الى حقه ولا يصلح ان يكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون
علة العلة ثم قالوا لا يباح للخالط التناول قبل اداء الضمان ولو
ابرا المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند ابي حنيفة
لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار
ويتعين الشركة في المخلوط وفيه يظهر ثمرة الخلاف ولو خلط الما لع
بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج يوجب انقطاع حق المالك بالضمان
لانه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس
ولعدم المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح
لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتعذر التميز وقيل لا ينقطع
بالاجماع لامكان التميز في الجملة وقيل القياس ان يكون المخلوط ملكا للخالط
عند ابي حنيفة وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المايع بجنسه ينقطع
حق المالك عند ابي حنيفة رحمه الله عنه لما بينا وعند ابي يوسف
يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزا وعند محمد شركه بكل حال ل
لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو خلطت الفضة
بالفضة بعد الاذابة صار من المايعات لانه مايع حقيقة عند الخلط
فيكون على الخلاف المذكور قال وان اختلطت بغير فعله
اشتركا لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم يوجد
منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة املاك وقد بينا حكمها
في الشركة قال ولو انفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل
لان البعض صار ضامنا له بالانفاق ولانه متعد فيه وصار للبعض
الاخر ضامنا ايضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصلح الا
بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار

مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا قال وان تعدى فيها ثم ازال
التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستاجر واقراره بعد
جحوده وقال الشافعي لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين
صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرا الا بالرد على صاحبها
ولا يعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستاجر وكالجحود
ولنا انه مامور بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق
فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في
ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره اتى بالمامور به فارتفع
الخلاف ضرورة فيعود الامانة كما اذا استاجر اجيرا للحفظ في مدة
فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف المستعير
والمستاجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستاجرة ثم ازال
التعدي حيث لا يبرا عن الضمان لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة
يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان
لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا تركا الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها
لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل
له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها حكما
فبرئ اذ هو نائب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد
فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية
فانه بالجحود ينقض ايمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد وبالمخالفة
فعلا لا ينقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا الجحود لو تكلل الوالد
يكون فسخا وكذا جحود احد المتبايعين البيع ولانه لما جحدها بحضرته
عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وبغيبته ولانه لما طالبه
المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى

الاقرار

الاقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستاجر
والاقرار بعد جحوده وقال ابو يوسف لو جحدها عند غير صاحبها
او عند من ساله عن حالها من غير ان يطلب منه الرد او طلب منه
الرد عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لان الجحود في هذه
الصور من باب الحفظ وهو مامور به فلا يعد انكارا ولا خلافا وانما
هو ابقاء للحفظ ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله
صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال زفر يضمن لان الجحود سبب الضمان
للوديعة اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة
قلنا في هذه الاحوال ليس باتلاف وانما يكون اتلافا اذا اراد تملكها
ومراده هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فيها فلا يكون اتلافا قال
وله ان يسافر بها عند عدم النهي والخوف اي للمودع ان يسافر بالوديعة لعه
اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت
لا يخرج بما له حمل ومونة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا يسافر
المراة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بما له حمل
ومونة لانه يلزمه مونة الرد فيما له حمل ومونة والظاهر من حاله انه
لا يرضى به وربما يستغرق المونة الوديعة وفيه اهلاكها فلا يجوز
كما لو وكل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان اخرج ضمن وقال الشافعي
ليس له ان يخرج بها سواء كان له حمل ومونة او لم يكن لان المطلق
ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كالاستحفاظ
باجر ولابي حنيفة ان الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد
بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا لا ضمان فيه فصار
كالمصر ولهذا املكه الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما نظرية

لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولولا انه من الاحسن
لما جاز ذلك لهما الا يرى ان الجودة في الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما
حتى لا يفسد بيعهما امثالها وزنا لعدم النظر والوكيل بالبيع مامور
بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه
بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ باجر عقد معاوضة فيقتضي
التسليم في مكان العقد وما يلزم الامر مؤنة الرد ضرورة صحة
امره ولا يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لحفظهم فيه
ومن يخرج القافلة بحفظ ماله فيها كاهل الاخبية ولو كان الطريق
مخيفا ليس له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد
بان سافر مع اهله لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها
ضمن ان كان له منه بد لان المصر ابلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا
وان لم يكن له منه بد لا يضمن قال ولو اودعا شيئا لم يدفع
المودع الى احدهما حظه اي لو اودع رجلان شيئا عند رجل فحضر
احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وهو مروي عن علي رضي الله عنه وقالا له ذلك والخلاف
في ذوات الامثال وفي غيرها ليس له ذلك بالاجماع لهما ان الحاضر طلب
نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه طالبه
بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه اذا
ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابي حنيفة رحمه الله ما روينا
عن علي رضي الله عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع
اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه
على الاخذ بحصته بالاجماع واذا لم تقع قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب
الغائب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه

بخلاف ال

لها

الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها
واخذ الشريك عند الظفر به لا يدل على ان المودع يؤمر بالدفع
الا يرى ان رجلا اذا كان له على انسان الف درهم دين وللمديون
الف درهم وديعة عند اخر فللغريم ان ياخذ الوديعة اذا ظفر
بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولا يؤمر بذلك وروي ان رجلين
دخلا الحمام واودعا عند الحمامي ثيابا فخرج احدهما فطلبه منه
فاعطاه ثم خرج الاخر وطالبه فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة
فقال له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع قال
وان اودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل
نصفه ولو دفع الى الاخر ضمن بخلاف ما لا يقسم وهذا عند
ابي حنيفة وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم
احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين
لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر
ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابي حنيفة وهو القياس ان المالك رضي
بحفظهما لا بحفظ احدهما ورضاه بامانة الاثنين لا يكون رضا بامانة
الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما
يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى
الاخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا
يضمن عنده واما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما
على الانفراد في الكل لانه لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان على
حفظه اناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ
كل واحد منهما لجميعه على الانفراد قال ولو قال لا يدفع
الى عيالك واحفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بد له

له منه او حفظه في بيت اخر من الدار لم يضمن اي المودع قال ذلك للمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعات شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو هذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل ان يكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه او يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى امراته او كانت بيوت الدار متساويه اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن التسليم الى امراته او كانت بيوت الدار مختلفه بان كان في بعضها عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفه لان التقييد مفيد في مثله قال وان كان له منه بد او حفظها في اخرى ضمن اي ان كان له بد من الدفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه ان يدفعها الى امراته فلانه وله امراه اخرى او نهاه ان يسلمها الى غلامه فلان وله غلام اخر فخالفه او قال له احفظها في هذا البيت او في هذه الدار فحفظها في دار اخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانه والكياسه ومعرفة طرق الصيانه والاحتراز عما يوجب شيئا في الدين اذ هي الحامله على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور يختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يخرج بالوفا بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا قال ومودع الغاصب ضامن لا مودع المودع وهذا عند ابي حنيفه وعندهما يضمن مودع المودع ايضا فيكون لصاحبها الخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على احد وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خاين بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد بقبضه بغير اذنه فنزلا منزله الغاصب ومودع الغاصب او الغاصب وغاصب الغاصب او الغاصب والمشتري منه

غير

غير ان الثاني مغرور من جهه الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهده وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رايه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك ان الايداع مباح له اذا لم يقطع راي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وفات الحفظ بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا اخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو امين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه العقد وهذا لانه لما صار في اوله امينا وجب ان يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه تعد فلذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتدا فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل اخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من في عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعدي فيكون القابض منه ايضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كان المودع قال له اذنت لك ان تدفعها الى غيرك بشرط الا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسله الغاصب والغاصب منه واخواتها لانهم صاروا متعدين بالتلقي منه ابتدا لعدم اذن المالك فلذا يضمن مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب رجع على الغاصب

قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع
والاستاذ شمس الائمة ذكره في النهاية وقال ابن ابي ليلى لا يضمن المودع بالايداع
ولا مودع المودع بالقبض بناء على انه له ان يودع عنده لانه يجب عليه
ان يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره
قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو
رضي بغيره لما اودعها عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن قال معه الف
ادعى رجلان كل انه له اودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم الاخر بينهما اي
اي اذا كان في يد رجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها
اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما سواء ذلك
ان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم
الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضي به لمن نكل له دون الاخر لوجود
الحجة في حقه دون الاخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية
ثم يجب عليه الف اخرى لهما لاقراره به او لبذله اياه على اختلاف الاصلين
ولايهما بدا القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
والاولى عندي ان يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل
فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلفه للثاني ليكشف وجه القضا
هل هو لهما او لاحدهما كما اذا واما البينة بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة
الا بالقضا ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة
الا بالقضا فيؤخر القضا حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتاخير لانه
لا يقضي للمتقدم حتى يحلف للمتاخر ولو نكل للثاني ايضا قضي به بينهما
نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم الفا اخرى بينهما نصفين كما ذكر في المختصر
لانه بالنكول اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره

فاذا

فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى
الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل قبل ان يحلف للثاني
لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الالف بينهما لان القضا
للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف نفذ قضاؤه لانه محل مجتهد
فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه
لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسالة في العبد ولا فرق بينهما
لان النقود تتعين في الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعا عليه للثاني
بعد القضا عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان
نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهذا يحلف [illegible] القيمة
بان يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا
اقل منه قيل ينبغي ان يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على
ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد
خلافا لابي يوسف فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره
وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه
الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضا بها للاول باقراره ثم اقر
للثاني بانه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله اعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله هي تمليك
المنافع بغير عوض هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة
اليه ووزنها فعلية لان طلبها عار وفي الشرع ما ذكر في الكتاب
وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد
بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك
ولهذا يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن
التمليك لانها ماخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من

غير عوض ثم استعمل في المنفعة لذلك فاقتضت تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك وله ان يعيره فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له ان يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب ان يكون مشروعا بغير عوض ايضا كالاعيان لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة لا تفضي الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فله ان يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارته لانها لم يدخل في ملكه قبل الحدوث قال وتصح باعرتك اي بقوله اعرتك لانه صريح فيه قال واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطي الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح واذا اراد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه قال وحملتك على دابتي اي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابة يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك قال واخدمتك عبدي لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام قال وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى لان قوله داري لك محتمل لحمل ان يكون له رقبتها ويحتمل ان يكون له منفعتها

وقو

وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى يخرج مخرج التفسير لذلك المحتمل قال ويرجع المعير متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك قال ولو هلكت بلا تعد لا يضمن وقال الشافعي يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فاشبه الغصب وقال عليه السلام على اليد ما اخذت والمراد مثله من اخذ لنفسه وقال عليه السلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم احد فقال اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال انا اليوم في الاسلام ارغب رواه احمد وابو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستاجر لان القبض فيها عن استحقاق ق
ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانها قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلك عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان الضمان للعدوان ولا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ن

ضرورة انتفا القبض على وجه التعدى وانتفا المبادلة لان وجوبه
شرعا لما لعقد يوجب الضمان وبشبهته بان كان فاسدا وبالتعدى
فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد
تبرع والتعدى لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو اذن له بالاتلاف
فاتلفه لا يضمن فهذا اولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه
لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول
مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان لحالة المخمصة ولانه شرط له
الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان يضمن عندنا في رواية
ويحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور في الحديث ضمان رد العين
فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز من الشروط
بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلم على اليد
ما اخذت حتى ترد تقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين واجب
في الامانات ولهذا لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع
به بسبب الغرور وهو لم يغره اخذا لان العقد تبرع كالواهب
وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مونة الرد لانه
قبضه لنفسه قال ولا يوجر لان الاجارة لازمة فيلزم المعير
زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير
ان يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولانه
يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية او عدم لزوم ما يلزم وهو
الاجارة فلا يجوز قال ولا يرهن كالوديعة لان المرتهن ايفا وليس
له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولا يرهن ضررا لان الرهن عقد
لازم لعدم القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال فان
اجر فعطب ضمن لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن

المستاجر

المستاجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب
فان ضمن المعير لا يرجع على المستاجر لانه ملكه بالضمان وتبين انه
اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر وهو المعير
اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور عن نفسه وان
علم ان العين عارية في يده فليس له ان يرجع لانه لم يغره فصار
كالمستاجر من الغاصب عالما بالغصب قال وللمستعير
ما لا يختلف بالمستعمل اى للمستعير اعارة العارية اذا كانت مما
لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي ليس له ان يعير لان العارية
اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له ان يبيح لغيره وعندنا لما
كان تمليك المنافع جاز ان يعير لان المالك يملك ان يملك
كالمستاجر يملك ان يوجر وكالموصى له بالخدمة يملك ان يعير
وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشي تتقيد به
وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة على ما يجي تفصيله قال فلو
قيدها بوقت وبمنتفع او بهما لا يتجاوز عما سماه وان اطلق له ان
ينتفع اى نوع شا في اى وقت شا لانه يتصرف في ملك الغير
فلا يملك الا على الوجه الذى اذن له فيه من تقييد او اطلاق
ثم لا يخلو اما ان تكون مطلقة او تكون مقيدة بالزمان او بالانتفاع
او بهما فان كانت مطلقة بان استعار دابة للركوب او ثوبا للبس
ولم يسم شيا كان له ان يلبس ويركب بنفسه وله ان يعير ما لم يلبس
هو ولم يركب فاذا لبس غيره او اركبه فليس له ان يركب بنفسه
بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره
في الكافي وقال سوا كان المستعار شيا يتفاوت الناس في الانتفاع

به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعلته كالاجارة فعلى هذا ينبغي
ان يحمل هذا الاطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس
والركوب والزراعة على ما اذا قال على ان تركب عليها من شئت او تلبس
الثوب من شئت كما حمل الاطلاق الذي ذكره في الاجارة على هذا وان كانت
الاعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او
غيره معينا لا يجوز له ان يخالف ذلك لانه يفيد فيما يختلف باختلاف
المستعمل كالركوب واخواته وللمستعير ان يفعل في اي وقت شاء وان كان لا
يختلف باختلاف كالسكنى والحمل جاز ان يفعل بنفسه وبغيره في اي
وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وان كانت مقيدة
بالوقت يتقيد به حتى لا يجوز له الانتفاع بها الا في الوقت المعين ومن
حيث الانتفاع تجري فيه على الاطلاق فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل
وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت
مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيف ما كان وكذا من حيث الانتفاع
فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا يتقيد لعدم الفائدة على
ما مر في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا يتقيد بالمسمى له ان يخالف
الى ما هو خير منه او الى مثله حتى اذا قال له احمل على الدابة هذه
الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونه في الضرر واختلفوا في
ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له ان يودع مطلقا منهم الكرخي
واستدلوا عليه بمسألة ذكرها في الجامع ان المستعير اذا بعث العارية
الى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية
وليس الا الايداع منه قال البناقلاني هذا القول اصح لان الايداع تصرف ذلك صح
في ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه

تصرف

تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا واكثر هم
على انه يجوز منهم مشايخ العراق وابو الليث والشيخ الامام
ابو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون
الاعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى
فاولى ان يملك الادنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى قال
رحمه الله وعارية الثمن والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة
اذن في الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك
عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها
ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما ضررا لكونه يو
رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين
ولهذا اقتصر عليه في ضمان العدوان فانتفعا هذا اذا لم يبين جهة
الانتفاع وان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بان يستعيرها ليعاير
بها ميزانا او يجملا او ليزين بها دكانه او غير ذلك من الانتفاعات
صارت عارية لما بينا ليس له ان ينتفع باهلاكها فكان نظير عارية
الحلي والسيف المحلى قال — وان اعار ارضا للبناء او للغرس
صح لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا واجارتها فكذا
اعارتها بل اولى لكونها تبرعا قال — وله ان يرجع لان العارية
غير لازمة فكان له ان يرجع اي وقت شاء قال — ويكلفه قلعهما
اي قلع البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا
اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع
فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه ارضه
ويستبد هو بذلك لانه صاحب اصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا
تتضرر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع

جب
المثل ولان العاريه
توجب رد ع

حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل ايهما طلب القلع
يجب قال ـــــ ولا يضمن ان لم يوقت لعدم رب الارض لا يضمن
للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت العارية وان
رجع قبل الوقت ولنا ان العارية غير لازمة فيكون له الرجوع
في كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف
ما اذا كانت موقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك
حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم
ان يفي بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له ان يرجع عليه
دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال ـــــ وان وقت فرجع
قبله ضمن ما نقص بالقلع وقال زفر لا يضمن لان التوقيت في العارية
غير ملزم لاصل عقدها ولهذا كان له ان يستردها في اي وقت
شاء والغرور انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا
لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها
لا يكون له الرجوع بما ضمن وفي المعاوضات كالبيع والاجارات له
ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما
ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما امكن وجواز العقد يثبت
بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك الا بالتزام
القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كانه قال ان رجعت قبل
الوقت فانا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد
ومعنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير
مستحق عليه قبل الوقت قال ـــــ ولو استعارها ليزرعها
لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا وقت او لم يوقت لان له
نهاية معلومة فيترك باجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة

وقال الشافعي [illegible] يضمن [illegible]
[illegible] لانه صار مغرورا [illegible]
[illegible]

اذا

اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك قال ـــــ ومؤنة الرد على
المستعير والمودع والموجر والغاصب والمرتهن لان المنفعة
حصلت لهم والاصل ان مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له
اما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه
ولهذا لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد مضي الوقت ولم
يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستاجر واذا وجب عليه الرد
كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم واما المستاجر
فلان العين المستاجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر يسلم له
به ولا يجب على المستاجر ردها وانما يجب عليه التمكين والتخلية
فلا يكون عليه مؤنة الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب
ان يكون المؤنة عليه لانا نقول ان ما حصل له منفعة وهي عرض يفنى
وما حصل للموجر عين يبقى فكان هو بالوجوب اولى واما المودع
فلان منفعة القبض حاصلة لانه يحفظ العين ومنفعة حفظها
عائدة اليه فكانت مؤنة ردها عليه واما العين المغصوبة فلان الغاصب
يجب عليه نسخ فعله وذلك بردها واعادتها الى يد مالكها كما كانت
لانه هو الذي ازال يده متعديا ففي ردها براءة ذمته فيكون عليه
مؤنة ردها دفعا للضرر عن المالك واما الرهن فلان قبضه قبض استيفا
فكان قابضا لنفسه قال ـــــ وان رد المستعير الدابة الى اصطبل
مالكها او العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة
وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا لانه لم يردها الى صاحبها وانما
ضيعها فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه وهذا لان الاصطبل
او الدار في يد المالك ولو ردها على المالك كان يردها الى الاصطبل او

الدار فكان الرد اليهما ردا على المالك بخلاف المودع لانها
للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده
وبخلاف الغصب لانه صار متعديا باثبات يده في العين وبازالة يد
صاحبها فلا بد من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم
حقيقة وقيل هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبها
وعن ابن سلمة انه ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان الظاهر ان الدابة
تكون هناك بلا حافظ قال وان رد المستعير الدابة مع عبده
او اجيره مشاهرة او مع عبد رب الدابة او اجيره برئ بخلاف
الاجنبي والقياس ان لا يبرأ الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها وجه
الاستحسان ان كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه
والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك
لدفعها هو الى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر
في المودع فيكتفي بالتسليم منه الى السائس ومن السائس الى السائس
او من السائس الى المالك بخلاف المودع حيث يضمن بالدفع الى سائس
المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانه انما اودعه لانه لم يرض
بحفظ غيره ولو رضي به لما اودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون
له ان يدفع المودع اليه على ما اشار اليه من انه لا بد له منه وهذا في
الاشياء التي تكون في يد الغلمان عادة واما الذي لم يكن في ايديهم عادة
كعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها
في داره او اصطبله يضمن لان العادة الجارية في مثله ولهذا لو دفعه
المودع الى غلامه يضمن في مثل هذا اذا ردها الى يد عبده الذي يقوم
على الدابة والاصح انه يبرأ الى عبده لانه ان لم يكن في يده دائما يدفع اليه
في بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف
الاجنبي

الاجنبي يعني بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبي فانه يضمن لانه متعدي
في يد الاجنبي وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له
ان يودع وعلى المختار ان هذه المسألة محمولة على ما اذا كانت العارية
موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد
مضي المدة يصير متعديا حتى لو هلكت في يده ضمن فكذا اذا تركها
في يد الاجنبي وهذا لان المودع ادنى حالا من العارية فاذا كان
يملك الاعارة فيما لا يختلف فاولى ان يملك الايداع على ما اسلفنا من
قبل ولا يختص بشيء دون شيء لان الكل لا يختلف في حق الايداع
وانما يختلف في حق الانتفاع قال ويكتب المعار اطعمتني
ارضك اي اذا استعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير
انك اطعمتني ارضك وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يكتب انك اعرتني لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة
باللفظ الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه
اعرتني ولا يكتب البستني ولا اسكنتني وله ان لفظ الاطعام
ادل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا اضيف
الى ما لا يؤكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة
بخلاف لفظ الاعارة فانها ينتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب
الخيم بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوعة فيحصل المقصود
بذكر العارية فلا حاجة الى بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي ان يكتب في كل
فصل ما هو ادل على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض انك
اطعمتني ارضك هذه لازرعها ما شئت من غلة الشتاء او الصيف لانه ادل
على المقصود وابعد من الاختلاف

كتاب الهبة

قال رحمه الله هي تمليك العين بلا عوض هذا في الاصطلاح

وفي الشرع هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال
الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب
لمن يشاء الذكور الاية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها
نفسه بقوله عز وجل انك انت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها
فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح
النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة
بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين
قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون وهي مشروعة
مندوب اليها بالاجماع وشرطها ان يكون الواهب عاقلا بالغا حرا
والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول
وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازما قال
وتصح بايجاب كقوله وهبت ونحلت واطعمتك هذا الطعام
وجعلته لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناويا بالهبة
وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى او سكنى
هبة وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في محوز ومشاع لا يقسم اي تصح وقبوله
الهبة بايجاب كقوله وهبت لي الخ وبقبول وقبض في المجلس
وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن صريحا لا غير ذلك في محوز ومشاع
فيما لا يقسم اما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كسائر
العقود واما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله
يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة
ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال
ابو بكر الصديق رضي الله عنه لعائشة رضي الله عنها في مرضه كنت
نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه

ولا حزتيه

حزتيه

ولا حزتيه وانما هو مال الوارث ولو كانت تملك قبل القبض لما كان
لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع ما لم يتبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية
لان المتبرع قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين ولو قال وهبتك هذا
الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملك لوجود القبض
وقوله وقبض في المجلس بلا اذنه اي بلا اذن الواهب وهذا
استحسان والقياس ان لا يجوز الا باذنه لانه تصرف في ملك الغير
فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة
ولهذا لا يملك بها قبله ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب
اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ لا يملك لا بصور
الا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما
اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الصريح يفوق الدلالة فلا تعمل
معه شيئا ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحا وانما ينعقد
بقوله وهبت لانه صريح في الهبة وبقوله نحلت لانه مستعمل فيه
قال عليه السلام اكل ولدك نحلت مثل هذا وكذا قال ابو بكر رضي الله
عنه لعائشة رضي الله عنها كنت نحلتك على ما بينا وبقوله اطعمتك
هذا الطعام لان الاطعام اذا اضيف الى ما يؤكل عينه يراد به التمليك
بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض
لان عينها لا يؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها فامكن ذلك بالعارية
وبقوله جعلته لك لان اللام للتمليك فصار كانه قال ملكتك هذا
الثوب الا ترى ان ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله
اعمرتك لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده
ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت
المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة

وبقوله حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة لان الاركاب تصرف في المنفعة
فيكون عارية الا اذا اراد به الهبة فتصح لانه مستعمل فيه يقال حمل الامير
فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لاسيما اذا كان تشديدا عليه
وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد به التمليك قال الله تعالى
او كسوتهم المراد به التمليك لان الكفارة لا تتادى بالمنافع وكذا يقال
كسى فلان فلانا اذا ملكه لا اذا اعاره وبقوله داري لك هبة تسكنها
لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود
فصار نظير قوله هذا الطعام لك تاكله او هذا الثوب لك تلبسه بخلاف
ما اذا قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة حيث يكون عارية على
ما بيناه في العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى اي لا يكون تمليكا بقوله
داري لك هبة سكنى وقوله في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم
اي تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا يقسم ولا تجوز في المشاع
يقسم احترز بقوله محوز عن المتصل كالتمر على النخيل وبقوله مقسوم كالتمر
عن المشاع وقال الشافعي تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانها
عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافي الملك
في المشاع كالقرض والوصية الوصية وتسليمه ممكن بالتخلية او بتسليم الكل اليه
كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفاء الراشدين وغيرهم من
الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص
عليه في الهبة فيشترط وجوده على الكمال الوجوه كما في استقبال القبلة
لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم
لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض شرط مطلقا
والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض
في المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشيء
في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه لانه في حيزه من وجه

وفي حيز

وفي حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة ولان الانصبا
بها تتميز وتجتمع وما لم تجتمع لا يصير محرزا او يكون احرازا ناقصا
فلا ينتقض لافادة الملك ولان اشتراط اصل القبض في الهبة
كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض
او كيلا تلزمه المطالبة بالتسليم وهذا المعنى هنا لانه لو صح لوجب
عليه اجرة القسمة ولطالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا
لضمان القسمة على المتبرع والمطالبة بالقسمة وهو خلاف موضوع
التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم
لانه لا تجب اجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا القبض الناقص
فاكتفي به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه وفيما
يقسم لا ينسد ولا يقال يشيع موجب المهايأة فيما لا يقسم وهو يجب
على المتبرع فوجب ان يمنع لانا نقول المهايأة قسمة المنافع والتبرع
وقع في العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالي وانما المحظور
الايجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها
وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص
عليه وقوله عليه السلام يدا بيد المراد به التعيين عبر ان التعيين في الثمنين
يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء لا شرط الصحة والبقاء
اسهل من الابتداء ولان هذه عقود معاوضة فلا يبالي بوجوب ضمان
القسمة او المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع
معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا
القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين
او الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال
ولو وهب جزءا شائعا من شريكه لم يجز ايضا لان القبض الكامل لا يتصور

على الصحة م

فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم يدور على علته لانه يوجد ولان
العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم واما الفساد على نفس الشيوع
قال ـــــ وان قسمه وسلمه صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه
جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا
يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب
ذكره الطحاوي وقاضي خان وروي عن ابن رستم مثله وذكر عصام انها
تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ قال ـــــ وان وهب دقيقا
في بر لا وان طحن وسلم اي لو وهب الدقيق في الحنطة لا يجوز الهبة ولو
طحنه وسلم الدقيق لا يعود صحيحا وكذا الدهن في السمسم والسمن
في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم
ليس بمحل للملك فلا يملك بتمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد
جديد وهذا لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها
وبعد الاستحالة هو عين اخر على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع
لانه محل للملك الا انه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت
الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الضرع والصوف
على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخيل بمنزلة المشاع
لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض
كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين بخلاف ما
لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده احتمالا فصار
كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع لان
الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح ولا يعتبر الاذن
بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله لانه لا يعتد بالتسليم قبله ولو
وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه والدقيق في الجوالق وسلم الدقيق

مع الجوالق

مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك
الواهب وذلك لا يوجب يدا للواهب على الموهوب غاية ما
فيه ان يد الواهب قائمة في الظرف وهو آلة للحفظ فيكون تبعا
فثبوت اليد في التبع لا يوجب قيامه في الاصل ونظيره ما لو وهب
الجارية وعليها حلي دونه وبالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه
لانه مشغول لان الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال ـــــ
ويملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرد
العقد وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو
الشرط سواء كانت في يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة ينوب
عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى
تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا
ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى
وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان
الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم
الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرأ عن
الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية او اجارة
لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كانت في يده
بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه في الحفظ
وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة
بل ينبغي ان يكون هذا كالموهوبة وهو في يد الواهب لكن المودع
يده حقيقة فباعتبارها نزل قابضا لا بالحكم لان يده تقام يد المالك
حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة
قال ـــــ وهبة الاب لطفله تتم بالعقد لانه في قبض الاب فينوب

ينبغي كونه ليس للغاصب الحق مع بقاء العين لهم

عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين
ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف
ما اذا كان في يد الغاصب او في يد المرتهن او في يد المستاجر حيث
لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه
وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير دارا والاب ساكنها
ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له
لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقررها فيكون
نائبا في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره باجر لا يجوز لما
ذكرنا وان كان بغير اجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد
ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته امه وهو في يدها والاب ميت
وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولمن
في يده صغير ولاية حتى كان له تاديبه وتسليمه في صناعة فيملك
التصرف النافع منفردا بتمليكه ويملك الصغير بمجرد الهبة اذا كان
في يد الواهب [illegible] الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال
وان وهب له اجنبي تتم بقبض وليه لان للولي ولاية التصرف في ماله
وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط ان يكون الصبي في حجره
لثبوت الولاية عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد
ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية
القبض الا اذا كان في حجره وليس له اب على ما بين قال وامه
والاجنبي لو في حجرهما اي تتم بقبض امه وبقبض الاجنبي اذا كان في حجرهما
لما ذكرنا ان لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من
اوفر المنافع وكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يملك غيرهم ان ينزعه
من ايديهم فكانوا احق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه

لابن

لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند
عدم الولي للولاية نفعا محضا قال وبقبضه ان عقل اي يتم بقبض
الصبي بنفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع
الذي لا يحتمل غيره الحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس لا يجوز
لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي
حتى اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما
نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان انه
انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في
عواقب الامور لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر
في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المتردد
بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان راى فيه مصلحة فلذا
وجب ان ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي والاجنبي
عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطر يقين
وليس من الحكمة ان يثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد منه مثل
هذا النفع المحض ولا من الفقه مع انه من اهله بالتمييز والاختبار
قال ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب بعد الزفاف لان الاب
اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب
ايضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا ملكه والا ب
حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد موته او غيبته غيبة
منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة
مع حضوره وملكه هو ايضا لو كانت ممن تجامع لما بينا واشتراط الزفاف
لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف
ولا يشترط ان يكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال ولو وهب لاثنين

دار الواحد صح لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا
شيوع قال لا عكسه اى لا يجوز عكسه وهو ان يهب واحد من اثنين
وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما
اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين
بل اولى لان تاثير الشيوع فى الرهن اقوى منه فى الهبة حتى امتنع رهن
المشاع فيما لا يقسم ايضا بخلاف الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من احد
الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت
كالمسئلة الاولى وله انه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو
كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على
حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع
فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا فى هبته نصيبه لشريكه او بعدوما اذ
قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص
هو المانع على ما بينا دون التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد
ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه الا ترى انه لو قضى دين احدهما
بقى كله فى يد الاخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا فى النصف
فكان شائعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا
نقصان القبض ايضا مانع فلا يكون العلة منحصرة به فلا يدل عدمها على
عدم الحكم على ما عرف فى موضعه الا ترى ان رجلين لو وهبا لرجلين على
ان نصف احدهما لاحدهما بعينه ونصف الاخر للاخر لا يجوز بالاجماع
وليس على الواهبين مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة الدار من رجلين
لان المنافع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى صاحبها فى مدة الاجارة
بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا اجرها من رجلين الا ترى انه
يجوز ان يوجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا يجوز الهبة من شريكه
لما

لما ذكرنا قال وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين
اى لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين او وهبها لهما جاز ولا يجوز
التصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير
جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة
والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما ان كل واحد منهما
تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة فى
الحكم حتى اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما والفرق ان الصدقة
يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك
الهبة فيكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا لو اوصى بثلث ماله للفقراء
صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو اوصى به
للاغنياء غير معينين لا يجوز وفى الاصل سوى بينهما فقال عقيب ذكره
الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع
يمنع القبض فوجب ان يمنع فى البابين اذ لا فرق بينهما فجاء فى المسئلة
روايتان وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة
الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا
ليس فى المسئلة اختلاف الروايتين وقال فى النهاية والظاهر ان فى المسئلة
روايتين وهذا كله على قول ابى حنيفة واما عندهما فالهبة من شخصين
جائزة على ما بينا فالصدقة اولى فلا نشتغل بالفرق بينهما وورد بالتوجيه
من الجانبين بلا تعليله ولو وهب رجل لرجلين دارا لاحدهما
ثلثها وللاخر الثلثان لم يجز عند ابى حنيفة وابى يوسف وان قبضه
وقال محمد يجوز اذا قبضه فابو حنيفة ومحمد مرا كل واحد منهما على
اصله لان هذه هبة من رجلين ولا فرق ان نص على نصيب كل واحد منهما
او لم ينص وابو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشائع

يدل على ان قصده ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز الا ترى
انه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز
الرهن فكذا الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللاخر نصفه فكذلك
عندهما لما بينا وعن ابي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي
رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد لان مطلقه يقتضي
التنصيف فامكن تصحيحه بان يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا
عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق
العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا
في العقد ضرورة وقيل انما جوز ابو يوسف فيما اذا اجمل الهبة بها
اولا ثم فصل على التنصيف بان قال وهبت لكما هذه الدار نصفها
لهذا ونصفها لهذا لان التفصيل لم يخالف موجب الاجمال فيكون
لغوا واما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بان قال وهبت نصف هذه
الدار لهذا والنصف الاخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا
جعل نصيبهما متفاوتا لا يجوز مطلقا لان تفصيله يكون معتبرا ان
تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم يتقدمه اجمال
يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والاظهر
عن ابي يوسف

باب الرجوع في الهبة

قال صح الرجوع فيها بعد ما وهب لشخص وقبضها وليس فيه ما يمنع
الرجوع من زيادة وموت احدهما وعوض وخروج من الملك
وزوجية وقرابة محرمة للنكاح وهلاك للموهوب جاز الرجوع
في الهبة وقال الشافعي لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه
السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولانه عقد
تمليك فوجب ان يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد مقتضى العقد

والعقد

والعقد لا يقتضي ضده وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان العرابة
عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه ولنا قوله عليه السلام
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد
به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واطلق فيها
الهبة باعتبار ما آل كما يقال اكلنا خبز فلان وان كان الاكل قد
اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادي
قروض ويؤيد ذلك ايضا بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا
والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل
مقصوده كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات
مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد
بالرجوع الا الوالد فانه ينفرد به فيكون له اخذه من غير رضا
ولا قضاء عند الحاجة للحكم في سائر امواله على ما قال عليه السلام
انت ومالك لابيك ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من
كسبكم فكلوه هنيئا رواه احمد وابو داود وعلى انا لا نسلم ان الحديث
الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبحه ومعناه انه لا يليق له
ان يرجع فيه الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه السلام المؤمن
لا يكذب وقوله عليه السلام الزاني لا يزني وهو مؤمن اي لا يليق له
ان يكذب ويزني وهو مؤمن لا انه ينافي صفة الايمان لان فعله
بل هو قبيح ومع الايمان اقبح فلهذا هذا اقبح كما قال عليه السلام العائد
في هبته كالعائد في قيئه وقال عليه السلام العائد في هبته كالكلب يقيء
ثم يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح
قال ومنع الرجوع دمع خزقه يعني الموانع للرجوع في الهبة
اشياء يجمعها هذه الحروف على ما نبهها اخذها هو من بيت شعر

قبل وهو قوله ومانع عن الرجوع في الهبة :: يا صاحبي حروف دمع خزقه :: قـــال فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته اولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضا لان حق التملك لا يجوز اخذ العوض عنه فبطل اصلا اطلق البنا والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يسقط الرجوع وان كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا يسقط الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز من المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو رد الاصل دون الزيادة يودي الى الربا لسلامة الولد له مجانا ورد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل اصلا ورجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها فلو حبلت ولم تزد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشي يوجب زيادة في القيمة كما في المذهب في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زادت في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان

فاسم اصلا وبطل حق الواهب لا يرجع في الكل لا في الاصل ولا في الزيادة ح

حتى

حتى ازدادت قيمته واحتاج فيها الى مونة النقل ذكر في المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد يسقط الرجوع وعند ابي يوسف لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كالزيادة في السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكرا ومونة النقل فيبطل بخلاف نفقة العبد لانه بدل وهو المنفعة والمونة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له او عبدا حلال الدم فعفي ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطا ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفدا ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القران والكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر ويروى الخلاف بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ليس له ان يرجع فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع ولا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قـــال والميم موت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرويه والشرط على ما مر في البيوع او هو مجرد حق وهو ايضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع

هوب

هب

اوجد للواهب والوارث ليس بواهب قال والعص العوض
بان قال خذه عوض هبتك او بدلها او مقابلها فقبضه الواهب سقط
الرجوع لما روينا ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد
زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيبا في المبيع ثم زال ولا بد من
ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض عن الهبة بان يقول خذ هذا بدلا
عنها او مقابلها او جزاها او ثوابها او نحو ذلك مما ينبي انه عوض
عنها لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو ولا يتم
ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والافراز
لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدا ولهذا يجوز باقل من الموهوب
من جنسه في المقدرات وشرط العوض الا يكون بعض الموهوب حتى لو
عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه كان ثابتا في
الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر
هو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بسائر املاكه وجوابه
ما قلنا ولو وهب للواهب شيئا ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة
مبتدا ولكل واحد منهما ان يرجع في هبته قال وصح من اجنبي
اي يجوز العوض من الاجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض
شي لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح
عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبي
كما يصح منه على ما في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له
وان كان بامره لم يكن عنده شيئا واجبا عليه لان العوض ليس بواجب
على الموهوب له بخلاف قضا الدين حيث يرجع الاجنبي على المديون اذا
قضى بامره لان الدين ثابت في ذمته وقد امره ان يسقط مطالبته

عنه

عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو
امره ان يملكه عينا قال وان استحق نصف الهبة رجع بنصف
العوض لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات نصفه
رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال وبعكسه لا
حتى يرد ما بقي اي اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق نصف العو ض
لا يرجع بشي حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر يرجع بنصف الهبة
لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فلما رجع الموهوب له بنصف
العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب ايضا بنصف
الهبة عند استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو
يقتضي المساواة ولنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل
انه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة
لما جاز للربا وحقيقته ان الموهوب له مالك للهبة والانسان لا يعطي
بدل ملكه لغيره وانما اعطاه ليسقط حقه في الرجوع وما بقي يصلح
لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتدا سقط به
حقه في الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض
له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شا رضي بما بقي من العوض وان
شا رد الباقي عليه ورجع في الهبة لانه اعطاه هذا القدر في هذه
الحالة ولان للعوض شبهين يشبه ابتدا الهبة من حيث ان الموهوب
له متبرع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة
الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات عند استحقاق
كله حتى يرجع بالهبة او بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة
حتى لا يرجع بالبعض من غير رد الباقي عند استحقاق بعضه قال

ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب
كان له ان يرجع في النصف الاخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه
عن بعضه امتنع الرجوع في حقه وبقي حقه في الباقي على ما كان قال والخا
خروج الهبة عن ملك الموهوب له لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره
حصل بتسليط الواهب فلا يتمكن من نقض ما تم من جهته ولان تبدل
الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب غيره
هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد لان هذه هبة للمكاتب
حقيقة ولهذا كان العتق له ويثبت له الملك فيها فيتصرف فيها
تصرف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانتقالها الى اجنبي فيبطل
حق الرجوع وعند ابي يوسف له ان يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب
من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق يصير ملكا له من كل وجه وبالعجز يصير
ملكا لمولاه من كل وجه ثم اذا اعتق كان له ان يرجع فيها فكذا اذا عجز ولان
اعتبار هذا الجانب اولى في المسلمين من اعتبار الجانب الاخر هذا الزم بالشك
قال ويبيع نصفها رجع في النصف لعدم بيع يعني اذا باع نصف الهبة
يرجع في النصف الباقي كان لم يبع منها شيء فانه اذا لم يبع منها شيء كان له
ان يرجع في النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع في الكل فله ان يستو
ان شاء وان شاء استوفى نصفه وكذا له ان يترك الكل ان شاء وان شاء ترك
النصف فكذا اذا باع نصفها له ان ياخذ نصفها الباقي لان المانع لم يوجد
الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره بل اولى لانه لما جاز الرجوع في النصف
مع امكان الرجوع في الكل فاولى ان يجوز عند العجز قال والزاي
الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا اي لو وهب لاجنبية
ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما اذا وهب

لزوجته

لزوجته ثم ابانها ليس له الرجوع في الهبة الاصل فيه ان الزوجية
نظير القرابة حتى يجوز التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة
كل واحد منهما للاخر والصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة
المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة
للاجنبي لان المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته
ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فان كانت اجنبية فيها كان مقصوده
العوض فيثبت له الرجوع فيها ولا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة
له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع
فلا يعود بالابانة قال والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم
محرم منه لا يرجع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم
محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع
قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما او كافرا كالعتق بالملك
ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه وهو عبد لاجنبي رجع فيها عند ابي
وقالا لا يرجع في الاولى وفي الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان
المعتبر هو المولى وله ان الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة
وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به ما لم يفضل
عن حاجته فباعتبار احد الجانبين يلزم فيها وباعتبار الجانب الاخر لا يلزم
فيهما فلا يلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا
من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا يتعدى الى القا
ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي عن محمد ان قياس
قول ابي حنيفة ان يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة
وقال الهندواني ليس له ان يرجع في قولهم جميعا لان الهبة لايهما وقعت
تمنع الرجوع ولو وهب لمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان عتق لا يرجع

وليكون المقصود ... كل واحد منهما للاخر

ع

حنيفة

صح

لان الملك استقر له فيكون صله في حقه من كل وجه باعتبار العقد
وحكمه وان عجز فعند محمد لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل
الى المولى عند العجز لما سا في المكاتب الاجنبي واسقال الملك يمنع
الرجوع وعند ابي يوسف يرجع لانه بالعجز يظهر ان حقيقه الملك
وقعت للمولى من وقت الهبه ولو كان المكاتب اجنبيا ومولاه قريب
الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز
فكذلك عند ابي حنيفه بنا على اختلافهم فيمن وهب لعبد اخيه على ما
مر قال ــــ والها الهلاك يعني هلاك العين الموهوبه فانه مانع من
الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه قال ــــ فلو
ادعاه صدق اي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبه يصدق لانه
منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع قال ــــ وانما يصح بتراضيهما
او بحكم الحاكم لان ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه
الا بالرضا او بالقضا ولانه مختلف فيه بين العلما وفي اصله وهي توفي
عدم حصول مقصوده وجوده خفا لانه يحتمل ان يكون غرضه العوض
في الاخره الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل ان يكون عوضه الثواب
في الاخره او اظهار الجود والسماحه فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير
فلا بد من الفصل بالقضا او الرضا فما لم يفصل القاضي او يفسخاها بالتراضي
تملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير
ذلك ولو كان بعد المرافعه الى الحاكم ولد الموهوبه وهلك في يده لا يضمن
لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضا قبل المنع لان اول القبض كان غير
مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضا
ضمن لوجود التعدي منه ثم اذا حصل الرجوع بالقضا او بالتراضي يكون
فسخا من الاصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي بعقد جديد فيجعل

لمنزله

بمنزله الهبه المبتداه لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد
بالعيب ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا
ان عقد الهبه العقد يوجب حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون ن
مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد وقع غير لازم فاذا رجع
رجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن ان
يجعل هبه مبتدا ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب ويصح في المشاع ع
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف السلامه
لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا
لم يكن سلمها فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة ده
من غير ان يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر
مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدا ضرورة وله غير انه اذا حكم القاضي بالرد د
عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان ن
لانهما لا ولاية لهما الا على انفسهما وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان
حق الورثه يتعلق بجميع ماله فلا ينفرد ان يبطله باختياره وان ابطله رد
عليه كيف ما كان استحسانا وفي القياس ان لا يرد ذكره ابن سماعه قال ــــ
وان تلفت الموهوبه واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع
على الواهب بما ضمن لان الهبه عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق
السلامه ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعه لان المودع عامل له
وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضه يقتضي السلامه فيكون كل
واحد منهما ملتزما لوصف السلامه بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم
له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال ــــ والهبه بشرط
العوض هبه ابتدا فيشترط التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع
بيع انتها فيرد بالعيب وخيار الرويه ويوخذ بالشفعه وقال زفر

والشافعي فهو بيع ابتداء وانتهاء لأنها اتت بمعنى البيع وهو التمليك
بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ألا ترى أن الكفالة
بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة
الدين لمن عليه ابراء وبيع العبد من نفسه إعتاق وهبة المنفعة
بالعوض إجارة والإعارة بعوض إجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع
بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداء معتبرا بلفظه فيجري
فيه أحكام الهبة وانتهاء معتبرا بمعناه فيجري فيه أحكام البيع كالهبة
في المرض فإن ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من
إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض
ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولو حصل الملك عند القبض في الحال
ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لأن الألفاظ
لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين
حكميهما لأن حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لأحدهما وفي
البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخره إلى القبض
والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع
بخلاف المسائل المستشهد بها فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن
للتضاد بين الحكمين فيتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الأب
مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف
لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال محمد يجوز لأنه بيع انتهاء
على ما بينا **فصل** ومن وهب أمة إلا حملها أو على
أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا على أن يرد عليه شيئا
منها أو يعوضه عنها شيئا صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط
لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمرى

وابطل

وأبطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل
فظاهر وأما في استثناء الحمل فلأن الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل إلا فيما
تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وإنما هو وصف للجارية
فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الإقرار فانقلب شرطا
فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم
في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
بخلاف المعاوضات المالية لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الملك
في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي
بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة
في الأم لأن الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد
كما إذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها
حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله في الهبة لأن المدبر
لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الأم بدونه
لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق
بدون الدقيق من حيث إن كل واحد منهما يمنع القبض بخلاف البيع
ف حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وكذا
الوصية حيث تجوز في الأم دون الحمل وفي الحمل دون الأم لأن بابها أوسع
على ما بينا في البيوع وقوله على أن يعوضه شيئا منها فيه إشكال فإنه
إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم
قوله بطل الشرط وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة
فهو باطل محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها قال
ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أديت
إلى نصفه فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل

لأن تمليك الدين فيه معنى الإسقاط والإبراء منه إسقاط فيه معنى
التمليك لأن الدين مال من وجه بالنظر إلى المآل حتى تجب فيه الزكاة
ويصح الشراء به من المدين ووصف من وجه بالنظر إلى الحال حتى لو
حلف أنه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ومن وجه أنه مال
كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه أنه وصف كان إسقاطا فلا يتوقف على
القبول والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف
بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط
فيبطل بخلاف قوله أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف لأنه
تقييد وليس بتعليق على ما بيناه في الصلح قال وصح العمرى للمعمر
له حال حياته ولورثته بعد موته وهي أن يجعل داره له عمره
فإذا مات ترد عليه لا الرقبى أي إن مت قبلك فهي لك وهذا تفسير
الرقبى أي يقول ذلك له لما روي عن زيد بن ثابت أنه عليه السلام
قال من أعمر عمرى فهي للمعمر محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئا فهو
سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ جعل الرقبى
للذي أرقبها رواه أحمد والنسائي ولأن معنى العمرى هو التمليك في الحال
وجعلها له عمره ثم إذا مات يرجع إليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما
بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط ومعنى الرقبى
أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا إلى زمان وهو من الارتقاب
وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال
أبو يوسف تصح الرقبى أيضا بناء على أنها تمليك للحال واشترط
الاسترداد بعد موته فيكون كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب
له وقد روي عن ابن عباس أنه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى
جائزة لمن أرقبها رواه أحمد والنسائي فحاصله أنه متى وجد التمليك

في الحال

في الحال واشترط الرد في المآل يجوز بالإجماع لما بينا أن الهبة
لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا إلى زمان
في المستقبل لا يجوز بالإجماع فكان الخلاف بينهم مبنيا على تفسير
الرقبى فمن قال إنه تمليك في الحال أجازه ومن قال إنه مضاف لم يجزه
وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصابئات وفي
فساد الصوم بالإقطار في الإحليل وفي وجوب الدم إذا غسل
المحرم رأسه بالخطمي ويلبس الثوب المصبوغ بالعصفر وإذا لم يكن
بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الأخبار
فما ورد من النهي عن الرقبى محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية
وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الإطلاق محمول
على أنه جائز والشرط باطل ومثاله ما جاء من النهي عن العمرى نصا وهو
ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال لا تعمروا ولا
ترقبوا فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته ومماته رواه أحمد
والنسائي وقال عليه السلام العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها
رواه أبو داود والترمذي والنسائي وفيهما أخبار كثيرة بعضها
يمنعهما وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق
فلا معارضة قال والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا
في مشاع يحتمل القسمة لأنه تبرع كالهبة فيلزم فيها ما يلزم في الهبة
فامتنعت بدون القبض كالهبة قال ولا رجوع فيها أي في
الصدقة لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض وقال في النهاية
لا رجوع في الصدقة على الغني حالا ولا رجوع في الصدقة على الفقير ثم
قال من أصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء لأنه يقصد
به العوض دون الثواب ألا ترى أنه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة

سواء فيما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذا في الصدقة ثم قال
ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض
ومراعاة لفظها اولى من مراعاة حال المملك ثم التصدق على الغني
يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون ماله للنصاب وله عيال
كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى انه عند
اشتباه الحال يتادى به الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه
بالاتفاق فكذا عند العلم كما انه لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا
ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط وما ذكروه من عدم جواز التصدق
على غنيين ينافي هذا لانهم هناك لم يعتبروا فيه وفي الهبة الا حال
المتملك حتى اجازوها للفقيرين ومنعوها للغنيين على الصحيح وهو
المذكور في الجامع الصغير على ما بيناه من قبل فقياسه ان يملك الرجوع
في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع في الهبة على الفقير والله اعلم

كتاب الاجارة قال رحمه الله

هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم وقيل هي تمليك المنافع
بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع
بعوض هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من اجر ياجر من باب
طلب وضرب فهو اجر وذاك ماجور اي الاجارة اسم للاجرة
وهي ما اعطى من كرا الاجير وقد اجره اذا اعطاه اجرته والاجرة
ما استحق على عمل الخير ولهذا يدعا به يقال اجرك الله واعظم
اجرك وفي كتاب العين اجرت مملوكي أوجره ايجارا فهو موجر
وفي الاساس اجرني داره فاستاجرتها وهو موجر ولا تقل مواجر
فانه خطا وقبيح قال وليس اجر هذا فاعل بل هو افعل وهي جائزة بالاجماع
الامة قال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اني اريد ان انكحك

احدى

احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج وشرائع من قبلنا شرائع
لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما اذا اقص الله علينا على وجه الانكار وقال
عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وشرطها ان يكون الاجر
والمنفعة معلومين لان جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها
الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة
لان المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس لا يجوز لما فيها
من اضافة العقد الى ما سيوجد الا انها اجيزت للضرورة لشدة
الحاجة اليها وهي ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
والعين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط
الايجاب بالقبول فعمله يظهر في المنفعة ملكا واستحقاقا حال
وجودها وهذا كالسلم فيه فان الذمة التي هي محل المسلم فيه اقيمت
مقام المعقود عليه وقال الشافعي تجعل المنافع المعدومة موجودة
حكما ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه
اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا
بوجود المحل ليتعقد العقد فيه وهذا لان العقد قد لزم واللزوم
وصف يثبت بالعقد فحكمنا بوجود المحل ليتعقد العقد فيه
فانزلنا المعدوم موجودا لذلك قلنا ارتباط الايجاب بالقبول
صفة الكلامين والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط وجود المحل
عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم ولا بد من تعيين المحل حتى يعلم
العقد فيه فجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها
ثم بعد ذلك عمل هذا يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد
وهو الملك يقبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا
اولى مما ذهب اليه الشافعي لانه تغيير امر حكمي بدليل شرعي وما

جره

في حق حول المسلم صح

اللفظ صح

ذهب اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة حقيقة والمعدوم
لا يتصور وجوده في لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع
لا يرد بتقرير المستحيل ولهذا لو اضاف العقد الى المنفعة لا يجوز
ولو اضافه الى العين جاز بالاجماع ولانا قلنا ان العين قد اقيمت
السبب مقام المسبب وهو امر سائغ شرعا كاقامة السفر مقام
المشقة ونحوه فكان اولى قال وما صلح ثمنا صلح اجرة لان
الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا
جاز كل عين ان يكون اجرة كما جاز ان يكون بدلا في البيع وان كان موصوفا
في الذمة يجوز ايضا كل ما جاز ان يكون ثمنا او مبيعا في الذمة كالمكيلات
والمذروعات وما لا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صلح ثمنا صلح
اجرة يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى صح اجرة ما لا يصلح ثمنا ايضا
كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة اذا كانت مختلفة الجنس
كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز
كاستيجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستيجار الارض للزراعة بزراعة
ارض اخرى لان المنافع معدومة فيكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا ولا
يجوز ذلك في الجنس المتحد لانه يكون بيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف
مختلفي الجنس على ما قالوا قال والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى
والزراعة فيصح على مدة معلومة اي مدة كانت [illegible] الاجير لوحده
لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة
او قصرت تاخرت بان كانت مضافة او تقدمت بان كانت متصلة
بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فانه يقدره بسنة في رواية
ولا يجوز اكثر منها لان جوازها للضرورة ولا ضرورة الى الاكثر منها وفي
رواية يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز اكثر منها لانه قلما يستعمل بالاجرة
اكثر

اكثر من ذلك وفي رواية يجوز ابدا لان بيع المنافع كبيع الاعيان فجاز
مؤبدا قلنا ذلك باطل لان المجوز لها كونها معلومة ولا معنى لمنعه
بعد ان صارت معلومة الا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب
عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني
ثماني حجج فاجاز اكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا بضرب
المدة لها فلا يجوز الا مؤجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه
ومن شرطها التأبيد ايضا حتى لو ضرب له اجلا فسد البيع وقال بعضهم
لا يجوز ان يضرب لها اجلا لا يعيش الى مثله عادة لان الغالب كالمتحقق
في حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت اقرانه فصار كالتأبيد
معنى فلا يجوز لما عرف ان التأبيد يبطلها وبه كان يفتي القاضي ابو عصمة
العامري وبعضهم جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة في هذا لكلام
المتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت قال
ولا تزاد في الاوقاف على ثلث سنين اي لا يجوز ان تزاد مدة الاجارة
في الاوقاف على ثلث سنين خوفا من دعوى المستاجر انه ملكه
اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلث
سنين ان يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان
ابن فلان استاجر الوقف كذا وكذا سنة ثلاثا وكذا عقدا في كل عقد سنة
وذكر صدر الاسلام ان الحيلة فيه ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان
الصدر الشهيد يقول يفتي بالجواز في ثلث سنين في الضياع الا اذا
كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على
سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز هذا اذا لم ينص الواقف
على مدة الاجارة فان شرط لذلك شيئا من المدة فهو على ما شرط
طال او قصر لان شروط الواقف تراعى كالنصوص قال او بالتسمية

كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته اي المنفعة تعلم بالتسمية
كما فيما ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل او الركوب
لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس
الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة وبين قدر المحمول عليها والمسافة
صارت المنفعة معلومة بلا اشتباه فصح العقد ومن هذا النوع
الاجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه قال او بالاشارة
كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا اي تكون المنفعة معلومة
بالاشارة كما ذكره من نقل الطعام لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول
اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الاول
قال والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل او بشرطه او بالاستيفاء
او بالتمكن منه اي لا تملك الاجرة بنفس العقد سواء كانت الاجرة
عينا او دينا وانما تملك بالتعجيل او بشرط التعجيل او باستيفاء المعقود عليه
وهي المنفعة او بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدة
وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم
العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس
العقد وهذا مبني على اصل له ان المنفعة المعدومة عنده جعلت
موجودة حكما لان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود عليه موجودا
مقدورا على تسليمه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم وللشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما
جعل النطفة في الرحم كالحي حكما في حق الاحكام من الوصية والارث
وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد الملحق
بدار الحرب ميتا في حق الاحكام كالارث وعتق امهات اولاده والدليل
على انه كالموجود جواز الاستئجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه

يصير

يصير دينا بالدين وهو حرام شرعا ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضي
المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم واحد البدلين
وهو المنفعة لم يصر مملوكا بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في
المعدوم فكذلك البدل الاخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو
ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد
ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود
من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه
التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد
وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار ان العين التي هي
سبب وجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة في حق صحة الايجاب
والقبول وفي حق وجوب التسليم اذ العين هي التي يمكن تسليمها دون
العرض فانعقد في حقها في الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد
مضافا غير منعقد للحال في حق المنفعة لان اقصى ما يتصور العقد
على المنفعة ان يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد
في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا وهو معنى قولنا
ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث
المنافع وانما اقمنا العين مقام المنفعة لتصحيح العقد في حق الانعقاد
والتسليم ضرورة عدم تصورهما في المنفعة ولا ضرورة في حق الملك
في البدل لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر في حق ملك البدل كما
لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثهما
غير منعقد للحال في حقهما وهذا اولى من الذي ذهب اليه الشافعي
فان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه
ليس فيه الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهي المنفعة

في حق بعض الاحكام وهذا النوع من التقدير معهود في الشرع
الا ترى ان الشارع اقام السفر مقام المشقة لانه سببها واقام البلوغ
مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظائره كثيرة
لا تحصى ولنا ان الاستبدال بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة
فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها ايضا وعند انعقاد
العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا تكون دينا بدين
اصلا ولو كان العقد منعقدا في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين
المؤجل اصلا لانه لا يجوز السلم به ولو جاز ان يجعل المعدوم كالمستوفى
لجاز ذلك في السلم ايضا ثم اذا باع العين بالدين فاذا استوفى المنفعة
بتلك المدة الاجرة ليتحقق المساواة وان عجلها او اشترط تعجيلها
فقد التزمه بنفسه وابطل المساواة التي اقتضاها العقد فيصح بخلاف
اجارة المضافة الى وقت يشترط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا
ولا يلزمه للحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة قد ليس بمقتضى العقد
بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون
موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه
انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل
ذلك المعنى بالتصريح على خلافه الا ترى ان الثمن في البيع يجب في الحال
ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضي المساواة ثم اذا كان
الثمن مؤجلا يجب تسليمه في الحال لانه اخر بالقصد صريحا ولانه يصح الابراء
من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة
بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع
نفسها فلو لم تملك المنفعة او لم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا
يصح الابراء عند ابي يوسف لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل

لانه

لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه والجواب على قول محمد انه وجد
سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص
بعد الجرح والرهن والكفالة للتوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب
الا ترى انهما جائزان بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود د
وجاز الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فلذا جاز بهذا الدين ايضا
جواز الكفالة وظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط ملائمة فهذا لا يكون
اول منه واما الرهن فلانه استيفاء الدين حكما فيكون معتبرا بالاستيفاء
الحقيقي فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما بخلاف الاجارة
المضافة وانما لم يكن للمرأة ان تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه اوفى ما
سمي لها برضاها وهو المراد بمثله عادة عند الاطلاق فصار كما اذا
اجلت المهر فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل اولى كله صح
لانها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا وقوله
الشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الى اخره قلنا نعم لكن
عهدنا ذلك فيما امكن تقدير وجوده حقيقة لان الشيء انما يعتبر حكما اذا
كان يمكن تصويره حقيقة كما في المستشهد به فان الحي يتصور موته
وكذا بالعكس واما المنافع فلا تقبل العقد اصلا حتى في حال وجودها
على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس في وجودها
جوازه بل بطلانه على ما بينا على ان ما اعتبره قلبت وما اعتبرناه تغيير
فكان اولى على ما بينا قال وان غصبت منه سقط الاجر اي لو
غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر سقط الاجر كله فيما اذا
غصبت في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال
التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على
ما بينا وهل ينفسخ قال صاحب الهداية ينفسخ وقال القاضي خان في فتاواه

والفضلي لا يستغني فإن قال وليرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله
والأصل عنده أن الإجارة معاوضة والملك في المنافع يمتنع ثبوته زمان العقد فلذا الملك في الأجر على ما بيناه ثم كان أبو حنيفة
أولا يقول في الكل لا يجب شيء من الأجر حتى يستوفي جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر لأن المعقود عليه جملة المنافع والعمل فلا
يتوزع الأجر على أجزائها كالثمن في المبيع والرهن في الدين ثم رجع عن هذا فقال إن وقعت الإجارة على المدة كما في إجارة الدار والأرض أو على
قطع المسافة كما في كراء الدابة يجب الأجر بحصة ما استوفى من المنافع إذا كان للمستوفى أجرة معلومة من غير مشقة ففي الدار يجب لكل يوم
وفي المسافة لكل مرحلة والقياس أن يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة إلا أنه يفضي إلى الحرج لأنه لا يعلم حصته إلا
بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع إلى ما ذكرنا لأن حصته من الأجر معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته
بخلاف ما إذا وقعت الإجارة على العمل كالخياطة والقصارة لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الأجر بمقابلته حتى يفرغ من
العمل فيستحق الكل ولهذا إذا عمل في بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الأجر على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب
التحرير وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي
أنه إذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الأجر له بحسابه حتى إذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الأجر بحسابه حتى إذا
واستشهد في الأصل على ذلك بما لو استأجر إنسانا ليبني له حائطا

فبنى

فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الأجر
ببعض العمل في الكل إلا أنه يشترط فيه التسليم إلى المستأجر
ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما إليه بمجرد تسليم الدار
وقطع المسافة وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلما إليه إلا إذا سلمه
إلى صاحبه حقيقة ففي خياطته في منزل المستأجر يحصل التسليم
بمجرد العمل إذ هو في منزله والمنزل في يده فلا يحتاج فيه إلى التسليم
الحقيقي فيجب بمجرد العمل ولهذا إذا فرغه في منزله يجب الأجر
من غير تسليم وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد لا
يستحق الأجر على البعض إلا في سكنى الدار وقطع المسافة وهو
أقرب إلى المروي عن أبي حنيفة لأنه روى الفرق بينهما عند في
القول المرجوع إليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكروه ولا فرق بين الكل
قال وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور يعني للخباز أن يطالب
بالأجر إذا أخرج الخبز من التنور لأنه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط (من عمله صح)
إذا فرغ من العمل هذا إذا كان الخبز في بيت المستأجر لأنه صار مسلما
إليه بمجرد الإخراج فيستحق الأجر وإن كان في منزل الخباز لم يكن مسلما
إليه بمجرد الإخراج من التنور قال فإن أخرجه فاحترق فله
الأجر ولا ضمان عليه يعني إذا أخرجه من التنور ثم احترق هذا إذا كان
الخبز في منزل المستأجر لأنه بمجرد الإخراج صار مسلما إليه إذا المنزل في
يده فيستحق الأجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان إذا هلك بعد
ذلك بالإجماع لأنه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرجه أو
سقط من يده قبل الإخراج فاحترق لا يستحق الأجر لهلاكه قبل التسليم
ولأنه قبل الإخراج لا قيمة له بخلاف ما إذا خاط الثوب في منزل صاحب
الثوب حيث يستحق الأجر بخياطة بعضه وإن هلك قبل التسليم على .

ما ذكره الجامع لان ذلك المقدار له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه
وان لم يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ما
ذكرنا وهذا بالاجماع ولو احترق في التنور قبل الاخراج فان في النهاية
يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق
بالاخراج من التنور الا المطالبة به لانه لا يصير الخبز بمجرد الاخراج مسلما
الى صاحبه لان المنزل ليس في يده ولا بد من التسليم الحقيقي بخلاف ما
اذا خبز في منزل المستاجر على ما ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم
الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان
عند ابي حنيفة وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده في يد الاجير المشترك
امانة وعندهما مضمون ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه
دقيقا مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز واعطاه الاجر
ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل
وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا قال وللطباخ
بعد الغرف اي للطباخ ان يطلب الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان
الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدر خاصة
لاهل البيت فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في
موضع لا نص فيه قال وللبان بعد الاقامة اي لمن استاجره ليضرب
له لبنا في ارضه استحق الاجر اذا اقامه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يستحق
حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصار
التشريج كاخراج الخبز من التنور ولانه هو يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط
وهو قولهما استحسان لابي حنيفة وهو القياس ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع
به ممكن والتشريج عمل زائد عليه كالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل
الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج

ومن

الذي هم

وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده
يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج هذا اذا لبن
في ارض المستاجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة او بالتشريج على الخلاف
الاصلين وان لبن الاجير في ارض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد
بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج وقد ذكرنا نظيره في الخبز
قال ومن لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار فله ان يحبسها للاجر
اي يحبس العين للاجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل
فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع وذكر في النهاية ان القصار
اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله
الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال
لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار
كانه احدثه فيه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان
وقال زفر ليس له ان يحبس العين فيما لعمله اثر لان المعقود عليه صار
مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به لان الاتصال
بملكه باذنه فصار كالقبض منه الا ترى انه لو امر رجلا بان يزرع له
ارضه حنطة من عنده قرضا فزرعها المامور صار قابضا باتصاله
بملكه وصار كما اذا صبغ في بيت المستاجر قلنا اتصال العمل بالمحل
ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل
رضاه في حقوق عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود للعمل
الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يتحقق مع الاضطرار كصاحب العلو
اذا بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطر اليه وليس هذا
كصبغه في بيت المستاجر لان العين فيه في يد المستاجر لقيامه على المنزل
وهذا الفاعل ان يجبر عنده بان العمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه

فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس
نظيره اذا سلم المبيع برضاه ليس له ان يسترده ونظير الاول اذا قبضه
المشتري بغير رضاه كان للبائع ان يسترده ونظير هذا الاختلاف
الوكيل بالشرا اذا نقد الثمن من عنده كان له ان يحبس المبيع عن الموكل
حتى يوفي الثمن لانه مضطر في نقله من عنده وعند زفر ليس له ان يحبس
لان يد الوكيل يد الموكل فكان في يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطر
في هذا القبض فلا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر ان يقبض المبيع على وجه
لا يقع في يد الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك قال وان حبس
فضاع فلا ضمان ولا اجر لان العين امانة في يده على ما بينا وله ان يحبسها
بالاجر شرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب
له الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط
البدل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط
ذلك بالحبس ثم لصاحب العين الخيار ان شا ضمنه قيمة العين غير معمول
ولا اجر عليه لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شا ضمنه قيمتها معمولا وعليه
الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه قال ومن
لا اثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل
وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا له اثر يقوم مقامه فلا يتصور
حبسه بخلاف راد الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر
لانه كان على شرف الهلاك فاحياه بالرد فكانه باعه من مولاه فكان له
حق الحبس واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصارة بلا نشا حسب
وقد بيناه من قبل قال ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه
اي ليس للاجير ان يستعمل غيره اذا شرط عليه ان يعمل بنفسه لان المعقود

عليه

عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود
عليه المنفعة بان استاجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه
في الخدمة ولا يستحق به الاجر لانه استيفا المنفعة بلا عقد لتعين
المعقود عليه لذلك قال وان اطلق كان له ان يستاجر غيره
لان الواجب عليه عمل في ذمته ويمكنه الايفا بنفسه وبالاستعانة
بغيره كالمامور بقضا الدين قال وان استاجره ليجي بعياله
فمات بعضهم فجا بما بقي فله اجره بحسابه لانه اوفى بعض المعقود
عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه ابو جعفر الهندواني هذا اذا
كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بالجملة ثم وان كانوا غير
معلومين يجب الاجر كله وفي النهاية عن الفضلي انه اذا استاجر
في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال
استاجرتك تذهب من المصر حتى احمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر
بالذهاب وان قال استاجرتك حتى احمل من القرية لا يجب شي لان الاجارة
كانت بشرط الحمل لا غير وفي الاولى كان العقد على شيئين على الذهاب الى ذلك
الموضع والحمل منه الى هاهنا وقد ذهب اليه فاستوفى بعض المعقود عليه
فيجب الاجر بحصته وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد مثله في السفينة
ذكره في المحيط قال ولا اجر لحامل الكتاب للجواب ولحامل
الطعام ان رده للموت معناه اذا استاجره ليذهب بطعام الى فلان
بمكة مثلا او ليذهب بكتابه اليه ويجي بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا
فرده فلا اجر له لانه نقض تسليم المعقود عليه بالرد فصار كانه لم
يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر له الاجر في الطعام لان الاجر يقابله
حمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الاجر عليه ثم هو برده
جان فلا يسقط حقه به في الاجر بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل

الحمل لانه لامونه له وقال محمد له الاجر للذهاب في نقل الكتاب لانه
اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافه لان الاجر مقابل به لما
فيه من المشقه دون حمل الكتاب لخفة مونته بخلاف حمل الطعام
لان الاجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافه لان في حمل الطعام مونه
قلنا الاجر مقابل بالنقل فيهما لانه وسيله الى المقصود وهو وضع
الطعام هناك وعلم ما في الكتاب فاذا رده فقد نقض المعقود عليه
فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطه بعد الفراغ ولو وجده غايبا
فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل
اليه اولى ورثته فله الاجر في الذهاب لانه اتى بما في وسعه وقال
في المحيط بعدما ذكر هذه المسله وهذا لو استاجر رسولا ليبلغ رسالته
الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافه
لانه في وسعه واما الاسماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر والله اعلم

باب ما يجوز من الاجاره وما يكون خلافا

فيها قال صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها
والقياس ان لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها
وكذا الحوانيت تصلح لاشيا مختلفه فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين ما يعمل
فيها كاستيجار الارض للمزارعه والثياب للبس وجه الاستحسان
ان العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا سمي مسكنا فينصرف اليها لان
المتعارف كالمشروط ولانها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها
مطلقا بخلاف الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس
ولا بد من البيان قال وله ان يعمل فيها كل شي لما ذكرنا انها لا تختلف
باختلاف العامل والعمل فجاز له ان يعمل فيها ما شا عند الاطلاق وله ان
يسكن غيره معه او منفردا لان كثير السكان لا يضرها بل يزيد في عمارتها

لان

لان خراب المسكن بترك السكنى وله ان يضع فيها ما بدا له من الحوا ن
لانه من تمام السكنى وله ان يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضو والا غتسال
وغسل الثياب وكسر الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى وبه يتم
السكنى وذكر في النهايه انه لا يدخل الدولاب في عرفنا لان المنازل ببخارى
تضيق عن سكنى الناس فكيف يتسع لادخال الدولاب وانما هذا الجواب
بنا على اختلافهم في الكوفه قال الا انه لا يسكن حدادا وقصارا وطحانا عرفهم صح
لان في نصب الرحا واستعمالها وفي هذه الاشيا ضررا ظاهرا لانها توهن
البنا فتقيد العقد بما وراها دلالة والمراد بالرحا رحا الما او رحا الثور
واما رحا اليد فلا يمنع من نصب فيها لان هذا لا يضر بالبنا وهو من توابع
السكنى عاده فلا بد منه وعلى هذا له كسر الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لانه لا يو هن
البنا وان زاد على العاده بحيث يوهن البنا فليس له ذلك الا برضا صاحب
الدار وعلى هذا ينبغي ان يكون الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا
يستغني عنه وقد جرت العاده بان يدقوا اهل كل دار ثيابهم في منازلهم
ولا يوهن ذلك القدر منه البنا فحاصله ان كل ما يوهن البنا او فيه ضرر ليس
له ان يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد
واستحقه به ولو اقعد الحداد وانهدم البنا بعمله وجب عليه الضمان لانه متعد سهام
ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر
استحسانا والقياس ان لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والخلاف فيه
قبل العقد وبعده سوا وجه الاستحسان ان المعقود عليه هو السكنى وفي
الحداده واخواتها السكنى وزياده فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه
الاجر بشرط السلامه وهو نظير ما لو استاجر دابه ليحمل عليها عشر مخاتيم
فحمل عليها احد عشر وسلمت الدابه فانه يجب عليه الاجر فكذا هذا ولو
اختلف الموجر والمستاجر في اشتراط ذلك كان القول للموجر لانه لو انكر

الاجارة كان القول له فكذا اذا انكر نوعا من الانتفاع ولو اقاما البينة كانت بينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة قال ولاراضي للزراعة ان بيّن ما يزرع فيها او قال على ان يزرع فيها ما شا لان منفعة الارض مقصودة وقد جرت العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها علما ثم ان ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانه او يقول على ان يزرع فيها ما شا كيلا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على ان يزرعها ما شا فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا يعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في وقت المزارعة وصار كان الجهالة لم تكن فعادت صحيحة لما ذكرنا وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع قال وللبنا والغرس اي جاز استيجار الارض للبنا والغرس لاستيجارها لانها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فيصح كما لو استاجرها للزراعة قال فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة اي اذا امضت مدة الاجارة قلع البنا والغرس وسلم الارض الى الموجر فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنايه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركها على الدوام باجر او بغير اجر يتضرر صاحب الارض فتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا

ولهذا لو استاجر ثوبا ولم يسم اللابس ثم البس شخصا عاد صحيحا

استاجرها

استاجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى ان يستحصد باجر المثل لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات احد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى على حاله الى ان يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاوه على ما كان اولى اذ لا فايدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب ارضا وزرعها حيث يومر بالقلع وان كان له نهاية لان ابتدا فعله وقع ظلما والظلم يجب ازالته لا تقريره والمستعير كالمستاجر حتى اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يبقى باجر الى ان يستحصد دفعا للضرر عنهما ورعاية لحقهما والقياس ان يقلع في الصور كلها لان الارض ملكه فلا توجر بغير اذنه كما في البنا والغرس ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البنا والغرس وبين الزرع قد بيناه قال الا ان يغرم له الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البنا والغرس على ما بيناه الا ان يغرم له الموجر قيمة البنا او قيمة الغرس مقلوعا هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما واذا كانت ارضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستاجر وينفرد به لان المستاجر لا يتضرر بذلك اذ الكلام في مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه وان كانت الارض لا تنقص بالقلع واراد ان يضمن له قيمته ويكون له البنا فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوايهما في ثبوت الملك وعدم ترجح احدهما على الاخر فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به احدهما في هذه الحالة دون الاخر على ما بينا في الغاصب قال او يرضى بتركه ويكون البنا

والغرس لهذا والارض لهذا لان الحق لرب الارض فاذا رضي باستمراره
على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك قال والرطبة كالشجر
لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فيقلع عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر
قال والزرع يترك باجر المثل الى ان يدرك اي يترك الزرع باجر
المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة وقد
ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس انفا قال والدابة
للركوب والحمل والثوب للبس يعني يجوز استيجار هذه الاشياء المذكورة لان
لها منافع معلومة ومعتادة استيجارها فجاز كسائر الاعيان المعهودة قال
وان اطلق الركوب واللبس من شاء اي ان اطلق له الركوب واللبس جاز ان يركب
الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق ان يقول على ان يركبها من شاء او يلبس
الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين
او بان يشترط ان يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا في المزارعة كل واحد منهما
يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد
منهما اختلافا فاحشا فلهذا لو عين له فيها وخالف يضمن اذا اهلكت العين
ولا اجر له كما في المزارعة وذكر هذا المعنى في المبسوط وفي الاجارة وشرح
الطحاوي والمغني وذكر التاويل الذي ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولو لم
يبين ولم يقل ان يفعل فيها ما شاء فسدت الاجارة للجهالة فلو ركبها
او ركب بنفسه او البس او لبس وجب عليه المسمى استحسانا وفي القياس
عليه اجر المثل لا يتجاوز المسمى بحكم عقد فاسد وجه الاستحسان ان المفسد
وهو الجهالة التي تفضي الى المنازعة قد زال فيزول الفساد لا بالجعل التعيين
في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه اذا اهلكت العين لانه غير متعد
لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه او البس غيره بخلاف ما اذا عين له من يلبس
ومن يركب حيث فالبس واركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال
على

على ان يركب او يلبس من شاء فاركب غيره او ركب بنفسه ليس له ان
يركب او يلبس غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص عليه
من الابتداء ذكره في الكافي قال وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن
لان التقييد مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس فيعتبر واذا خالف
صار متعديا فيضمن قال ومثله ما يختلف بالمستعمل اي يضمن مثله
في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل اذا اذن مقيدا وخالف لما ذكرنا
من المعنى قال وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد
له ان يسكن غيره يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى
لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى رجل بعينه في الدار له ان يسكن غيره
لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها
خارج بدلالة الحال على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد لانه للسكنى
مثل الدار وعند ابي يوسف هو كاللبس لاختلاف الناس في نصبه
وضربه وتاده واختيار مكانه قال وان سمى نوعا وقدرا ككر
بر له مثله واخف لا اضر كالملح يعني لو سمى نوعا وقدرا لحمله على الدابة
مثل كر من بر فله ان يحمل عليها ما هو مثله واخف منه في الضرر كالشعير
والسمسم وليس له ان يحمل عليها ما هو اضر منه كالملح لانه اذا رضي بشيء
يكون راضيا بكل ما هو مثله او دونه دلالة دون ما هو اضر منه
والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه متصرف
بالامر وليس له ان يخالف الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم لو باع بالف
دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر ان لو
كان مفيدا ولا فائدة في هذه المسالة في التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير
بل الشعير اخف منه فكان اولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة
فحمل عليها من الشعير مثل ذلك بالوزن ضمن لان التقييد به فائدة لان

الشعير ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها
مثل وزنه تبنا هكذا ذكر في النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال خواهر زاده شيخ
الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر
الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا اخف من ضرر الحنطة
لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذه الحنطة فيكون اخف عليها
بالانبساط وقال وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل
وزن الحنطة حديدا او ملحا او اجرا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد
من ظهرها فيضرها اكثر وكذا يضمن اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة
قطنا لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر من الحنطة وفيه حرارة ايضا فكان
اضر عليها من الحنطة فصار كما اذا حمل عليها تبنا او حطبا فحاصله ان
السببين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الاخر من وجه
لا يستفاد من الاذن في احدهما الاذن في الاخر وان كان هو اخف ضررا
من وجه اخر قال ـــــ وان عطبت بالارداف ضمن النصف ولا معتبر بالثقل
لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه
بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فيعتبر الحمل
بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل
الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا
كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك يضمن
بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف يفيده به احترازا
عما اذا حمله الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة
لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون
اشق على الدابة ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة
تطيق حملهما ثم ذكر في المختصر انه يضمن نصف القيمة ولم يذكر انه يجب

علىه

عليه من الاجر وقال في النهاية وفي المحيط انه يجب عليه
جميع الاجر اذا هلكت بعدما بلغت مقصده ونصف القيمة
ثم المالك الحمار ان شاء ضمن الرديف وان شاء الراكب فالراكب لا
يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستاجرا والا فلا قال ـــــ
وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد اي اذا استاجرها ليحمل عليها
شيئا مقدرا فحمل عليها اكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل
لانها هلكت بما هو ماذون فيه وغير ماذون والسبب الثقل
فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه
جميع قيمتها لعدم الاذن فيه لكون اهلاكا او يجب الضمان هنا
بحساب الزيادة اذا كانت الدابة تطيق ذلك واذا حمل عليها
جنسا اخر غير المسمى وجب جميع القيمة وكذا لو استاجر ثورا
ليطحن حنطة مقدارا فزاد لم يوجب بحساب الزيادة بل يوجب
جميع القيمة لان الدابة هلكت بغير الماذون فيه فيجب عليه
جميع القيمة وفيما اذا زاد عليها من جنس الماذون فيه هلكت بالمجموع
فيسقط حصة الماذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها
المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت يضمن جميع قيمتها
لانها هلكت بالزيادة وحدها قال ـــــ وبالضرب والكبح اي
يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل
فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكان حاصلا بالماذ
ون ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق
بدونه وانما يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على
الطريق بخلاف ضرب القاضي الحد او التعزير او فصد الفصاد
حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا

القصد على الفساد لا لتزامه بعقد الإجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والفرق لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى الضرب وعلى هذا الخلاف إذا ضرب الأب والوصي الصغير إذا لم يجاوز ضرب مثله للتأديب حتى يجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا يجب الدية لأن الضرب لإصلاح الصغير فكان مأذونا به أو منفعته عائدة عليه وهو مأجور عليه فصار كضرب المعلم إياه بل أولى لأن المعلم لنفسه ولأنه الضرب وإنما يستفيده منه بخلاف الزوج يضرب امرأته لأنه مطلوب لمنفعة نفسه فصار كالرمي إلى الصيد فيشترط فيه السلامة ولأبي حنيفة أن منفعة الصغير كما لو وقع له لعاد إليه بعضه فيهما ألا ترى أن شهادتهما جعلت كشهادتهما لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم بإذن الأب لأن الإذن بالضرب صح من الأب لما قدمنا ولأنه ضربه تأديبا وإذا صح كان المعلم معينا للأب إذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين وكذا الضمان على الأب بضمانهما ضرب المعلم لأن زيادة التي من التأديب لم يصر منقولا إليه لأنه لا يصح بقدر ما ملك والزائد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعد ما جرحه السياط لا يضمنون الأدام لأنه بعين ولا يضمن الشهود لأن الجرح لم يجب بشهادتهم قال ونزع السرج والإكاف أو الإسراج بما لا يسرج بمثله معناه لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه ضمن جميع قيمته لأن الإذن لم يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالإسراج والإكاف فيضمن جميع قيمته وإن أسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر لا يضمن لأن الإذن قد تناوله إذ لا فائدة في التقييد بالمعين إلا إذا كان زائدا

في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وفي الإكاف كالسرج لا يضمن إذا كان مثله يوكف الحمر إلا إذا كان زائدا على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لأنه هو والسرج سواء وإذا رضي بالسرج بالوزن رضي بمثله من الإكاف وجوابه ما ذكر أن الجنس يختلف لأن الإكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسألة في الإجارات وقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد ثم قال من مشايخنا من قال ليس في المسألة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على المقدر ومنهم من قال عن أبي حنيفة روايتان في رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الإسلام وهو الأصح وحملوا على معنى قولهما أنه يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة منهم من قال إنه مقدر بالمساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا أي يجب الضمان إذا عين للحمار طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك وعرا وأبعد وأخوف بحيث لا يسلك لأن التقييد صحيح لكونه مفيدا فإذا خالف فقد تعدى فضمن قيمته إن هلك وإن لم يهلك وبلغ فله الأجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الأجر والضمان لأنهما في حالين لأنه على تقدير السلامة يجب الأجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة

واحله ونظيره العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه فان تلف في العمل
يجب على المستاجر وان سلم وجب عليه الاجر وان كان يسلكه وهلك
المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت
لانه عند عدم التفاوت لا يصح التنصيص لعدم الفائدة اما اذا كان
بينهما تفاوت بحيث يصح التقييد فحينئذ كالطريق الذي لا يسلكه
الناس قال ـــــ وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر اي يضمن
جميع قيمته لحمله في البحر ان هلك المتاع وان سلم فله الاجر وقوله
الكل عائد الى المسائل التي تقدمت كلها من عند قوله وبالضرب
والكبح الى هنا لان الواجب في جميعها جميع القيمة وانما ضمن فيما اذا
حمله في البحر لان التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع ان يسافر
بالوديعة في البحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع
الخلاف قال ـــــ وبزرع رطبة واذن بالبر بما نقص اي اذا اذن
له ان يزرع الارض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة
لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه
جميع النقصان بخلاف ما اذا استاجر دابة للركوب او للحمل فاردف
معه غيره او زاد المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان
بحسابه لانها تلفت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه فيجب
عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب
الزيادة الضمان وهنا لا يمكن ان يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بطريق
زراعة الحنطة ثم زاد عليه لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد
الجنس الا ترى انه لو استاجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا او ملحا
مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره قال ـــــ ولا اجر لا

الضمان صح

وقال في الكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت صح

يجب له الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب
ولا يجب الاجر به وانما يجب بالاستيفاء بعقد الاجارة وهي لا تجتمعا
لاستحالة ان يكون الشيء الواحد ماذونا فيه وغير ماذون فيه
ولهذا لا يجتمع الضمان والاجر وان زرع فيها ما هو اقل ضررا من
الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى
خير فلا يصير به غاصبا قال ـــــ وبخاطه قباء وامر بقميص
قيمة ثوبه وله اخذ القباء ودفع اجر مثله معناه اذا امره ان يخيط
له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه قباء وان شاء اخذ القباء
ودفع له اجر مثله قيل اراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه
الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد وقال ظهير الدين القميص
اذا قد من قبل كان قباء طاق وقباء طاق واذا خيط جانباه كان قميصا
فهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له
الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل
الجواب يجري على اطلاقه في الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه
ان القباء والقميص متقاربان في المنفعة واجراؤهما واحد وهو الكم
والذيل والدخريص وعن ابي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب في الكل
بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لان القباء جنس اخر غير
جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقي غاصبا محضا ووجه
الظاهر انه قميص من وجه لانه يشد وسطه والانتفاع به انتفاع
القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع
والقالب فيميل الى ايهما شاء فان مال الى الخلاف ضمنه قيمته وصار
الثوب للخائط وان مال الى الوفاق ياخذ القباء ويعطيه اجر مثله

لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بالخياطة
القميص واذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه
مجانا فيجب عليه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد
او شبهة وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهة فلا يتقوم ولا يجب
ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قباء مكان ما وصفه يجب عليه اجر المثل
ولا يجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء ضمن من غير
خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود
الاتحاد في اصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود
الموافقة في نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فامره بان
يضرب له طستا مثل الاولى فضرب له خلافه فانه يخير فكذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال رحمه الله تفسد
الاجارة بالشروط لانها بمنزلة البيع الا ترى انها تقال وتفسخ فتفسدها
الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان المنافع بالعقد تكون
لها قيمة وتصير به مالا فيعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما
سواها مثل النكاح والخلع والصلح عن دم العمد واشباهها قال وله
اجر مثله لا يجاوز به المسمى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى او لعدم
التسمية وان كان لجهالة المسمى او لعدم التسمية يجب اجر المثل بالغا ما بلغ
وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي دابة او ثوبا
او يستاجر الدار او الحمام على اجرة معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها
وقالوا اذا استاجر دارا على ان لا يسكنها المستاجر فسدت الاجارة
ويجب عليه ان سكنها اجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع متقومة عندهما فيجب القيمة

بالغا ما بلغت عند تعذر ايجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما
اذا كان الفساد لجهالة الاجرة او لعدم التسمية ولنا ان المنافع
غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما
لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما تتقوم بالعقد شرعا للضرورة
لمسيس الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب ان لا يجب الاجر
لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى
الفاسد منها الا ان الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا
له وكان الضرورة باقية من وجه لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح
فمست الحاجة الى الحاقها به فيكون لها قيمة في قدر ما وجد فيه
شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغا ما بلغ وفيما
زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فلا يتقوم وبقي على
الاصل بخلاف البيع لانه متقوم بنفسه فيجب قيمته بالغة ما
بلغت ولا نهاية للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغا ما بلغ قال
وان اجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط الا ان يسمي الكل
لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول وافراده معلومة انصرف الى
الواحد لكونه معلوما وتفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام
كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا وهذا عند ابي حنيفة
ظاهر لانه سوى بين هذا وانفاه في الشهور واجاز العقد في الكل
في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها
والصبرة مشاهدة فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا اجازاه في الكل ولا معنى
لقول من قال من المشايخ ان العقد يصح في الشهر الثاني والثالث تبعا
للناس لان التعامل مخالف للدليل لا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان لكل واحد
منهما نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط ان يكون الاخر حاضرا

وان كان غائباً لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الاخر
وعند ابي يوسف يجوز لانه يبني على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في
البيوع وبتسميته جملة الشهور يصير المدة معلومة فيصح قال
وكل شهر بسكنى اوله ساعة صح فيه لانه صار معلوماً فتم العقد فيه
بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول بعض المشايخ
وهو القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى
من الشهر ويومها ويبقى لان في اعتبار الساعة حرجاً عظيماً والمقصود
هو الفسخ في راس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفاً
الا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين
فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها
لم يحنث استحساناً ولو فسخ في اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا
خرج الشهر لانه امكن توقيفه الى وقت عمل فيه الفسخ وبه كان يقول
محمد ابو نصر بن يحيى بن سلام ولو قال في اثناء الشهر فسخت راس الشهر ينفسخ
اذا اهل الشهر بلا اشتباه فيكون فسخاً مضافاً الى راس الشهر وعقد
الاجارة يصح مضافاً فكذا فسخه ولو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض
الاجر فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل اجرته لانه بالتقدم
زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد قال وان
استاجرها سنة صح وان لم يسم اجرة كل شهر يعني بعد ما سمى الاجرة جملة
لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم
يبين قسط كل شهر كما اذا استاجر شهراً ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح
وجب ان يقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار
باختلاف الزمان قال ويبتدى المدة من وقت العقد يعني ابتدا مدة
الحالة مدة الاجارة من وقت العقد لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة

وفي مسئلة

وفي مسئلة يعتبر الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين ان لا
يكلم فلاناً شهراً ولانه لو لم يتعين عقيبه لمدتها لصارت منكرة مجهولة
وبه يبطل الاجارة والظاهر من حاله ان يقصد الصحيح فيتعين
عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين له بدا وعقيب اليمين
ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز
في الليل ولا يصير شارعاً فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب
هذا اذا كان العقد مطلقاً من غير تعيين المدة وان بين المدة يتعين
ذلك وهو ظاهر قال فان كان حين يهل تعتبر بالاهلة
والا فبالايام يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل الشهر وكان
اولها بالتعيين كذلك يعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان اولها
بعد ما مضى شيء من الشهر يعتبر الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل
شهر ثلثون يوماً وهذا عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال
محمد اذا كان ابتداؤها في اثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من
الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو رواية عن ابي يوسف لان الاهلة
هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت
للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوماً
ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر الواحد
وهو الاول وقد امكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على الاصل
وله انه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلال تعذر الثاني ايضاً
بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والا لزم ان يكون
الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول وهو محال واذا
كمل من الثاني انتقص الاخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا كل شهر

الى اخر الملة فوجب عتابه بالايام ضرورة ونظيره العلوق وبه
نسا به في الطلاق قال وصح اخذ اجرة الحمام لما روي انه
عليه السلام دخل الحمام في الجحفة ولتعارف الناس وقال عليه السلام
وما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلما من كره
الحمام لما روي عن عمارة بن عقبة انه قال قدمت على عثمان بن عفان
فسالني عن مالي فاخبرته ان لي غلمانا وحماما له غلة فكره لي غلة
الحجامين وغلة الحمام وقالوا انه بيت الشيطان سماه رسول
الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه يكشف فيه العورات وتصب
فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال
وحمام النسا فقالوا يكره اتخاذ حمام النسا لانهن ممنوعات من الخروج
وقد امرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قلما يخلون عن الفتنة وقد
روي ان نسا دخلن على عايشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتي
يدخلن الحمامات وامرت باخراجهن والصحيح انه لا باس ببنا
الحمامات للرجال والنسا جميعا للحاجة اليه لان النسا يحتجن اليه
للاغتسال مثل الرجال بل حاجتهن اكثر لكثرة اسباب الاغتسال في
حقهن من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الما البارد قد يضر
وقد لا يتمكن من الاستيعاب به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل
بدخول الحمام وكراهة عثمان وعايشة رضي الله عنهما محمول على انه
اذا كان يؤدي الى كشف العورة قال والحجام اي جاز اخذ اجرة
الحجامة لما روي انه عليه السلام احتجم واعطى اجرته ولانه جرى
التعارف بين الناس من لدن النبي عليه السلام الى يومنا هذا فانعقد
اجماعا عمليا وقال بعض الظاهرية لا يحل لما روي انه عليه السلام نهى عن
عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا ان الحديث منسوخ

بما روي انه عليه السلام قال له رجل ان لي عيالا وغلاما حجاما
افاطعم عيالي من كسبه قال نعم قال لا اجرة عسب التيس
لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب — اي لا يجوز اخذ اجر عسب التيس صح
الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز اخذ الاجر
عليه ولانه اخذ المال بمقابلة الما وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز
اخذ الاجر عليه قال والاذان والحج والامامة وتعليم
القران والفقه يعني لا يجوز اخذ الاجر على هذه الاشيا وقال الشافعي
يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير
متعين عليه فيجوز ولكونه عبادة لا ينافي ذلك الا ترى انه يجوز الاستيجار
على بنا المسجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله
عليه السلام اقروا القران ولا تاكلوا به وعهد عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص
وان اتخذت مؤذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت
كانت للعامل فلا يجوز له ان ياخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم
والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم
فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بنا المسجد واداء
الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير ولهذا الاجير
يكون للامر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط اهلية المامور
فيهما بل اهلية الامر حتى جاز ان يستاجر الكافر فيهما ولا يجوز فيما
نحن فيه والاصل فيه ان كل شي جاز ان يستاجر الكافر عليه جاز ان يستاجر
المسلم وما لا فلا قال والفتوى اليوم على جواز الاستيجار لتعليم
القران وهو مذهب المتاخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا
بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة
الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة

الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم على معاشهم
ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القران
وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ
القران واما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل
ما يعلم حسبة ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو
لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القران فافتوا بجوازه لذلك وراوه
حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا ترى ان النسا
كن يخرجن الى الجماعات في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابي بكر
رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه وكان
ذلك صوابا وكان الامام ابو بكر ابو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس
عليها وفي النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا
ثم قال وفي روضة الزندويستي كان شيخنا ابو عبد الله الخيزاخزي
يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر قال هذا في الذخيرة
ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف قال ولا
يجوز على الغنا والنوح والملاهي لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد
فلا يجب عليه الاجر من غير ان يستحق هو على الاجير شيا اذ المبادلة
لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الاخر ولو استحق عليه المعصية
لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية
تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولان الاجير والمستاجر مشتركان في منفعة
ذلك في الدنيا فيكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره في النهاية
معزيا الى الذخيرة وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده
على صاحبه وفي المحيط في كتاب الاستحسان اذا اخذ المال من غير شرط
يباح لانه اعطا المال عن طوع من غير عقد ولو استاجر من له القصاص
رجلا

قال م

سمع الخيزاخزي

عدم استيجار المصحف وكتب الفقه

رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد ولو استاجر القاضي رجلا ليقوم
في مجلس القضا ويقيم الحدود جاز ولو استاجره للحدود والقصاص
لم يجز ولو استاجره لاستيفا القصاص فيما دون النفس جاز قال
وفسد اجارة المشاع الا من الشريك وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما ان
للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية او بالتهايي ولهذا يجب اجر
المثل عنده فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وكالشيوع
الطاري بان مات احد المستاجرين وكالعارية وهي اقرب اليها
لان العارية للانتفاع بها الا انها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما
جاز اعارته واذا جازت اعارته فاولى ان يجوز اجارته لان تاثير الشايع
في منع التبرع اقوى من تاثيره في منع المعاوضة الا ترى ان هبة الشايع
لا يجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة ان المقصود من الاجارة الانتفاع
والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود
فيه الملك وهو امر حكمي فامكن فيه فيجوز والانتفاع حسي فلا يمكن في
مشاع فبطل الا ترى انه يجوز بيع الجحش دون اجارته لما قلنا والتخلية
اعتبر تسليما في محل يمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض
فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايي لانه يستحق حكما للملك المنعقد فصار
الشرع عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لا ان حكم العقد يعقبه والقدرة
على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشي يسبقه ولا يتصور ان يكون
شرطا الشي حكمه فيفسد بخلاف ما اذا اجره من شريكه لانه لا شيوع
في حقه اذ الكل في يده غير ان النصف بحكم الملك والنصف الاخر بحكم
الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على انه روي عنه
انه لا يجوز لان استيفا المنفعة التي تناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو

بيتفتل

منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر احد زوجي
المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان العقد اضيف
الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر بعد تفرق الملك فيما بينهما
وهو طارئ وكذا اذا مات احد المستأجرين يفسخ العقد في نصيب
الميت ويبقى في نصيب الحي شائعا وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ
في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا
حاجة اليه بعد القبض والعارية ليس بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم
جاز الانتفاع بجميعه لوجود الاذن في ذلك وصار كله عارية فلا شيوع
والحيلة في اجارة المشاع ان يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز
لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة او يحكم الحاكم بجوازه وفي
المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما **قال** وصح
استيجار الظئر باجرة معلومة وفي القياس لا يصح لانها ترد على استهلاك
العين وهو اللبن فصار كاستيجار البقرة او الشاة ليشرب لبنها
او البستان لياكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن
لكم فآتوهن اجورهن وعليه اجماع الامة وقد جرى التعامل به في
الاعصار من غير نكير ولا نسلم ان العقد يرد على العين بل على المنفعة
وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته واللبن تابع
ولهذا لا تستحق الاجر اذا ارضعته بلبن الشاة لانها لم تأت بالواجب
وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد يدخل تبعا للمنفعة كما لو استأجر
صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد وارد
على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استيجار
البقرة والشاة ليشرب لبنها لان ثمة عقد الاجارة ورد على العين ثمة لانه
استيجار مقصودا فافترقا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود

لقيام

لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو
على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد فانه قال
استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه
وجواز بيع الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة
ولهذا لو ارضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجر والى هذا القول
مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول اشبه بالفقه واقرب اليه
وقال في الكافي هو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا ارضعته بلبن
الانعام **قال** وبطعامها وكسوتها هذا عند ابي حنيفة وقالا لا
يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصار كما
اذا استأجرها بهما للطبخ والخبز وله ان الجهالة هنا لا
تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة على الاظآر شفقة
على الاولاد ولا تشاححها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على
مرادها والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز
من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان الجهالة
فيها تفضي الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها وفي المحيط
لو شرطت طعامها وكسوتها عنده ستة اشهر وشرطت دراهم
مسماة عند الطعام ولم يصف شيئا من ذلك جاز استحسانا من غير
بيان عند ابي حنيفة والمعنى ما بيناه وفي الكافي والصحيح ان سمى الطعام
دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها جاز اي بالاجماع وقالوا
معنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام
مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان سمى بدل الطعام
دراهم حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه لكن لا يتوهم منه انه
اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يتوهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير

ولو سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة
ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة اثمان ولا يشترط
في الثمن ان يكون مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان الايفا
عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا
سلما فيشترط فيها شرائط السلم قال ولا يمنع الزوج من وطيها
لانه حقه فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا ان للزوج ان يفسخ
الاجارة اذا لم يعلم بها سوا كان يشينه اجارتها بان كان وجيها بين الناس
او لم يشنه في الاصح لما ان له ان يمنعها من الخروج وان يمنع الصبي من
الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها
فكان له المنع منه كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا ثبت الزوجية
باقرارها ليس له ان يفسخ الاجارة لانها لا تصدق في حق المستاجر كما
اذا اقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في
حق بطلان النكاح ولكن للمستاجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له
قال وان مرضت وحبلت فسخت اي اذا حبلت المرضعة
او مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي
ايضا تتضرر بالرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي
وهذا لان هذه اعذار والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو تقيا لبنها
لاهله الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون
على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بينا فجورها لانها
تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر
ذلك بالصبي وقال الفقيه ولا يبعد ان يقال عيب الفجور فيها فوق عيب
الكفر الا يرى انه كان في نسا بعض الرسل كامراتي نوح ولوط عليهما السلام

وما بعث امراة نبي قط هكذا قال عليه السلام وكذا اذا كان الصبي لا
ياخذ ثديها كان لهم ان يفسخوا الاجارة وللظئر ايضا ان تفسخ الاجارة
اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم يكن لها عادة بارضاع ولد
غيرها لانها لا تعرف عند ابتدا العقد ما تبتلى به من المقاساة
والسهر فاذا جربت ذلك وعرفت انها تتضرر به كان لها الفسخ وكذا
اذا عيروها به كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل
بثديها ولو مات الصبي او الظئر انتقضت الاجارة ولو مات ابو
ابو الصبي لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سوا كان له مال
او لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال يجب الاجر من ماله اذ هي كالنفقة
ولو سافرت الظئر او اهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا
خرج الاخر معه قال وعليها اصلاح الصبي لان خدمة الصبي
واجب عليها وهذا لانه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل
ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد وما ذكره محمد من ان الدهن
والريحان على الظئر فهو على عادة اهل الكوفة قال فان ارضعته
بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع
وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي
المحيط لو استاجر شاة لترضع جديا او صبيا لا يجوز لان اللبن للبهائم
فيه تبع وعقد الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المراة
قيمة فلا يقع الاجارة عليه وانما يقع على فعل الارضاع والتربية
والحضانة قال ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه او استاجر حمارا
ليحمل طعامه بقفيز منه او ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز لانه في
الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز
الطحان وقد نهى عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز

طعامه

وما

من جنسه فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه ان
المستاجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير
والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما
يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد ولانه جعل الاجر شيئا لا يمكن تسليمه
الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي
شرط العقد ثابتة بحكم العقد فيصير بناه حكم العقد والشرط لا
يصلح حكما فلذا لا يصلح قائما به واذا نسج او حمل فله اجر مثله لا يجاوز به
المسمى بخلاف ما اذا استاجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه
الاخر حيث لا يجب له شيء من الاجر لان الاجير ملك النصف في الحال
بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا
بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه
لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكال لان احدهما ان الاجارة
فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا
او دينا على ما مر من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير
شرط التعجيل والثاني انه قابل ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي
الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة واذا لم يستحق شيئا فكيف
يملكه وباي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض
المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل اهل بلادهم بذلك وقالوا لم
يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا انما لم يجوزه
ان النص تناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل الا ترى ان الاستصناع ترك
القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله
لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل اهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر
بخلاف الاستصناع فان التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس

ويخص

ويخص الاثر والحيلة في جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان يشترط
انه من المحمول ومن المطحون فيجب في ذمة المستاجر ثم يعطيه منه
ثم الاصل فيه انه متى ما جعل المستاجر المحمول كله لنفسه
وشرط له الاجر من المحمول فسدت الاجارة واذا عمل الاجير استحق اجر
المثل كمسالة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه له
والبعض الباقي اجره بطلت الاجارة وان حمل لا يستحق شيئا لانه ملكه
بالعقد وفي الاول لم يملكه على ما بينا وفي الثاني وهو ما اذا استاجره
ليخبز له كذا اليوم فلان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب
كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تعذر الجمع يوجب كون
العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الاخر فنفع المستاجر
في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل لكونه اجيرا مشتركا
ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجر بمضي المدة
عمل او لم يعمل فيفسد العقد وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاجارة ه
جائزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير
ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار
فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المعقود د
عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكانه
استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اول وقت الامكان فيحمل
عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويترجح بكون العمل مقصودا
دون الوقت وتقدير المحمول يدل عليه لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة
لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن ابي حنيفة انه اذا سمى عملا وقال
في اليوم جازت الاجارة لان في للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضي
الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذف

فانه يقتضي الاستغراق وقد مر نظيره في الطلاق في قوله انت طالق
غدا او في الغد ولو استاجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه
اليوم يجوز بالاجماع والفرق لابي حنيفة ان اليوم هنا لم يذكر الا لاثبات
صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصود بالعقد الا يرى
انه لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب يكون الكتابة والخبز معقودا
عليها مقصودا حتى لا يقابله شي من الثمن واما في مسالة الكتاب ذكر اليوم
قصدا كالعمل وقد اضيف العقد اليهما على السوا وليس احدهما في جعله
معقودا عليه باولى من الاخر لاختلاف اغراض المستاجرين ورغباتهم لان
منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يميل الى العمل خوفا
من بطالة العامل ومضي الوقت بلا عمل وقد يختلف اغراض الاجرا
ايضا فمنهم من يميل الى العمل كي يفرغ منه بالعجلة ويشتغل بعمل اخر او
يستريح ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجر وان لم يعمل فلا يترجح
احدهما على الاخر فيفسد قال وان استاجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة
مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان العقد
مقتضيا له فلا يفسد قال وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها
او يسرقنها او يزرعها بزراعة ارض اخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى لان
اثر التثنية وكري الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضا مدة الاجارة
فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد
كالبيع ولان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد
المدة فيصير صفقتين في صفقة وهو مفسد ايضا لكونه منهيا عنه حتى
لو كان بحيث لا يبقى لفعله اثر بعد المدة بان كانت المدة طويلة او كان الريع
لا يحصل الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي

ما لا يخرج

ما لا يخرج الريع الا بالكراب مرارا او بالسرقنة وقد يحتاج
الى كري الجداول ولا يبقى اثره الى العام القابل عادة بخلاف كري
الانهار لان اثره يبقى الى العام القابل عادة وفي لفظ الكتاب اشارة اليه
حيث قال كري الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام
دون الجداول واستيجار الارض ليزرعها بارض اخرى ليزرعها
الاجر يكون بيع الشي بمثله بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه
وكذا السكنى بالسكنى او الركوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع والى
اشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد بن سماعة لم لا يجوز اجارة سكنى
دار بسكنى دار بقوله في جواب له في الكتاب انك اطلت الفكرة
واصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت
ان اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وهذا مشكل
على التعليل فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين
لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة
على حسب حدوثها على ما ستعرف التعليل فيه وحدوثها الا ينعقد
عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها
النسيئة فيعلم بذلك ان الاحتجاج به غير مخلص والاولى ان يقال ان الاجارة
اجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استيجار المنفعة بجنسها
لانه يستغني بما عنده منها فبقي على الاصل بلا تجوز ولا كذلك عند اختلاف
الجنس لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده ثابتة ثم
لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس يجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية
وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شي عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى
مقابلة المستوفي منفعة وهي ليست بمال متقوم وجه ظاهر الرواية انه استوفى
المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم يسم الاجر وعند الشافعي يجوز

في

حاشية: [illegible] اسم رجل من [illegible] على [illegible] ومن [illegible]

ثوب منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس [illegible]
عد

يجوز استئجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون
بيع الموجود بالموجود قال ولو استأجر لحمل طعام بينهما فلا اجر له
كالرهن استأجر الرهن من المرتهن اي لو استأجر احد الشريكين صاحبه
لحمل طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا اجر المثل وقال
الشافعي يجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فيجوز في الشائع
كبيع الاعيان خصوصا على اصله لان المنفعة كالعين عنده فصار كما اذا
استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا
ليخيط له الثياب ولنا ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود
عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور
وجوده في الشائع ولهذا الحرم وطء الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان
حسيان لا يتصور وجودهما في الشائع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه
تصرف شرعي فيحتمل وروده على الشائع واذا لم ينعقد لا يجب الاجر اصلا
ولانه ما من جزء يحمله له الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فيمنع تسليم
عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان
المعقود عليه هناك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام
وبخلاف العبد المشترك لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه
وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع وبخلاف اجارة المشاع عند ابي حنيفة
حيث يجب فيه اجر المثل لان فساد العقد فيه للعجز عن التسليم على الوجه
الذي اوجبه العقد على ما سيأتي لا لانعدام الاستيفاء اصلا فاذا تحقق
استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر
استيفاء المعقود عليه اصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور
ان يكون فيه عاملا لغيره في تلك الحالة وقوله كالرهن استأجر الرهن
من المرتهن يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استئجار

ولا يتحقق تسليم المعقود عليه لعدم كونه عاملا لغيره صح

الرهن

الرهن لانه مالكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره منه وهذا لان
حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك للمنافع
فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن
من الانتفاع به من حيث انه مالك له لان الملك هو المطلق للتصرف
الا انه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا ابطل حقه بالاجارة
له صار منتفعا به على انه ملكه لزوال المانع قال ومن استأجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فزرعها فمضى الاجل
فله المسمى لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب
الخيم وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا لها من بعض فلا
يجوز حتى يبين انه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى
الاجل جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد
على ثلثة ايام قبل مجيء اليوم الرابع وهي على الخلاف قال وان استأجر
حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن لان العين امانة
في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا
من وجه لانه مشروع باصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد فاذا تعدى
ضمن ولا اجر عليه قال وان بلغ مكة فله المسمى لان الفساد كان
لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب
صحيحا لزوال الموجب للفساد قال وان تشاجرا قبل الزرع والحمل
نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد باق قبل ان يرتفع الجهالة
بالتعيين بالزرع في المسألة الاولى وبالحمل في الثانية ولو استأجر دابة
ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار

ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر
والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال
فسقط الضمان ذكره في الكافي باب ضمان الاجير الاجراء
على ضربين اجير خاص واجير مشترك قال الاجير المشترك من يعمل
لغير واحد يعني انه من لا يجب عليه ان يختص بواحد بعمل لغيره او يعمل
ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا فهو مشترك
اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره والاوجه ان يقال
الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم
من النقض والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير
منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا
صارت مستحقة لعقد المعاوضة لانسان لا يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف
الاجير المشترك لان المعقود عليه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله
فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه التقبل بمثل ذلك العمل من غيره
لان ما استحقه الاول صار في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين
فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره
والبيع لما كان ملاقيا للعين لا يملك بيعه من غيره بعد ما باعه فلهذا كان مشتركا
والاول اجير وحد واجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدهما
فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص
من يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الاجرة
حتى يعمل والخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل
وهذا بيان الحكم لان هذا حكم لا يعرف الا من يعرف الاجير المشترك
والخاص وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل من اشخاص لان المعقود
عليه في حقه هو العمل او اثره فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر

مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سمي مشتركا والاجير الخاص
لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة
للمستاجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يستحق الاجر مستحقا وان نقض
العمل قال ولا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ
يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل لان الاجارة عقد
معاوضة فيقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر
لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل او اثره على ما بينا فلا بد
من العمل قال والمتاع امانة في يده غير مضمون بالهلاك سوا
هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن كالحريق الغالب
والغارة المكابرة وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو
القياس وقالا لا يضمن الا اذا هلك بامر لا يمكن التحرز عنه لان عمر
وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه
الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب
فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب فيكون المستحق
الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ فيكون
داخلا تحت العقد فيضمن بالهلاك كما في الوديعة اذا كانت باجر
وكما اذا هلك بفعله ولابي حنيفة ومن تابعه ان القبض حصل باذنه
فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن
التحرز عنه كالموت حتف انفه وكالغصب من العدو المكابر ولو
كان مضمونا عليه لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب
والقبض على سوم الشراء او بالبيع الفاسد وعكسه الوديعة فانه لا
يضمن مطلقا ولا نسلم ان المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب
عليه الحفظ تبعا او اقتضاء لا مقصودا لان العمل لا يتاتى بدون حبس

العين ولما لم يكن العمل إلا بحبس العين كان له حبسه ولهذا
لا يقابله شيء من الأجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة
من الأجر فصار كأجير الوحد بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ واجب
عليه مقصودا بالبدل وبخلاف ما إذا تلف بعمله لأن العقد يقتضي سلامة
المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا لا يضمنان الأجير المشترك وهو قول إبراهيم
النخعي فتعارضت روايتا فعلهما فلا تلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر
وزمان وليس بشيء لأن الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور أن
يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على أن الحفظ معقود عليه
عندهما لأنه لا يمكن من إيفاء المستحق وهو العمل إلا بحفظ العين وما
لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد واردا عليه
وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال
الناس وبه يحصل صيانة أموالهم ولو شرط الضمان على الأجير المشترك
في العقد فإن شرط عليه فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالإجماع لأنه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما فيفسد به وإن شرط
عليه فيما يمكن الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لأنه يقتضيه العقد
عندهما وعنده يفسد لأن العقد لا يقتضيه فيكون شرطه فيه مفسدا
قال ـــ وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع
الحبل الذي يشد به الحمال وغرق السفينة من مدها مضمون وقال زفر
والشافعي ليس بمضمون عليه لأنه مأذون فيه ولا جامع الضمان كالمعين
للدقاق وأجير الوحد وهذا لأنه عمل ما عمل بأمره والأمر المطلق ينتظم
الفعل بنوعيه المعيب والسليم والتخرق لضعف في الثوب ولأن كان
لمعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن إذ الدق المصلح ليس في وسعه
ولئن كان

ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه إلا بحرج عظيم فيكون
ملحقا بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان
ولهذا لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالأجر ولنا أن التلف
حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب بغير
أمره وهذا لأن الداخل تحت الإذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل
المصلح لأن الإذن ثبت في ضمن العقد على السلامة لأن مطلق عقد
المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما مر في البيوع
فإذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس بمأذون له فيه فصار كما إذا وصف
له نوعا من الدق فأتى بنوع آخر بخلاف معين القصار لأنه متبرع وعمل
المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الإعانة مخافة الغرامة
وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لأن العقد فيه لم يتناول العمل المصلح
لأن نفس ذلك العمل إفساد وإنما السلامة المطلوبة من العمل ألا يجاوز
المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال
الألم وسلامة البدن وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والحادث
عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لأنه
في وسع القصار لمعرفته بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق إلا أنه ربما يلحقه
الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وإنما يعتبر ذلك
في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى إذا اجتهد وأخطأ يكون معذورا
وبخلاف أجير الوحد لما بيناه وبخلاف تلميذه لأنه أجير الوحد عند
أستاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الأستاذ ما أفسده
التلميذ بعمله لأن الأستاذ أجير المشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب ب
مخير إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الأجر وإن شاء ضمنه معمولا
وأعطاه الأجر وقد مر نظيره قال ـــ ولا يضمن به بني آدم يعني ممن غرق

في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان ضمان الادمي
لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا يتحمله العاقلة الا اذا كان
بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده
والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق قال وان انكسر دن في الطريق
ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا اجر او في موضع الكسر واجره بحسابه
اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد
غير داخل فيضمن على ما بينا اما التخيير فلانه اذا انكسر في الطريق
والحمل شي واحد تبين انه وقع تعديا من الابتدا من هذا الوجه وله وجه
اخر وهو ان ابتدا الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر
فيميل الى اي الجهتين شا فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتدا ولا
يجب الاجر لانه تبين انه كان متعديا من الابتدا وان مال الى كونه ماذونا
فيه في الابتدا وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر
واعطاه اجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق او عثر
وان كان بغير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند ابي حنيفة
لان المتاع امانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر لانه يسلم
العمل باتصاله بملكه فيعطيه اجره ولا خيار في هذه الصورة عندهما لان
العين مضمون على الاجير المشترك عندهما على ما بينا قال ولا يضمن
حجام او بزاغ او فصاد لم يتعد الموضع المعتاد لانه التزمه بالعقد فصار
واجبا عليه والفعل الواجب والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما
اذا حد القاضي او عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز
عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف به
ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد
ونحوه فانه يبتني على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما
يحتمله

تحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط
اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك وان
هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بما هو ماذون فيه وغير ماذون
فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة
وبرأ المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو
عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية
لما ذكرنا وهي من نوادر المسائل واعزها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك
الاقل قال والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم
يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم اي الاجير الخاص
يستحق الاجر بتسليم نفسه للعمل عمل او لم يعمل سمي اجيرا خاصا
واجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستاجر وليس له ان يعمل لغيره
لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه
ما لم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن
من العمل قال صاحب الهداية لان الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر
مستحقا وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض على البنا للمفعول
بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل
باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم
يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو
اجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد
انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتقه فعليه ان يعيد العمل لانه
نقض عمله فصار كان لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد
الملاح السفينة او نقض الاسكاف الخياطة اجبر على اعادتها وانما يكون
اجير وحد اذا استاجر لرعي الغنم اذا شرط عليه الا يرعى لغيره

او ذكر المدة اولا نحو ان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة
باجر معلوم فانه يجعله اجيرا لوحد باول الكلام لانه اوقع الكلام على
على المدة في اوله وقوله بعد ذلك لترعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد
على العمل فيصير اجيرا مشتركا لان الاجير المشترك هو الذي يقع عقده
على العمل ويحتمل ان يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الاجير الخاص في
المدة فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين نوع العمل فيقول
استاجرتك شهرا للخدمة او للرعي او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول
بالاحتمال فيبقى اجيرا وحدا ما لم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك
فقال على ان ترعى غنم غيري مع غنمي او اخر المدة بان استاجره ليرعى له
غنما مسماة باجرة معلومة شهرا كان اجيرا مشتركا لانه جعله اجيرا مشتركا
باول الكلام بايقاع العقد على العمل في اوله وقوله شهرا في اخر الكلام يحتمل
ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل
الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه
قال ولا يضمن ما تلف في يده او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده
لانه قبضها باذنه وهذا عند ابي حنيفة ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير
المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل
الاعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد
عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانا
في حفظها واجير الوحد يعمل في بيت المستاجر ولا يتقبل الاعمال من غيره
فاخذنا فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة للمستاجر فاذا
امره بالتصرف في ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه
فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل انه يستحق الاجر وان لم يعمل
وهذا لان المبيع منفعته وهي سلمه وانما الحرف في العمل الذي هو تسليم المنفعة
وذلك

وذلك غير معقود عليه ولم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته
فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدي كالمودع قال
وصح ترديد الاجر بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول وفي
الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا اي يجوز ان يجعل الاجر مترددا
بين تسميتين بجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بان يجعل
له الخيار فيهما مثل ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا
فبدرهمين ويجعل العمل فيه مترددا بين زمانين مثل ان يقول ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز في اليوم الاول
دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول اي في المتردد بين زمانين
يجوز في الوقت الاول ويجعل المنفعة مترددا في دكان بان قال ان سكنته
حدادا فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم او قال ذلك في بيت ويجعل
مترددا بين مسافتين في الدابة او بين حملين بان قال اجرتك هذه
الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا او بان قال له اجرتكها على انك
ان حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من
حديد فبعشرة وكذا لو خيره بين ثلثة اشياء جاز ولا يجوز الاكثر من ذلك
على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا يشترط
اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على احداهما ان الاجرة لا
تجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما
وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع
الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي وقد بيناه في البيوع
واذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب
بعرفه كل واحد منها بعلتها فنقول اما الاول وهو ما اذا
قال ان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من

فارسيا فبدرهم
وان خطته ...

العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خير في البيع بين
عبدين على ما بينا في موضعه واما الثاني وهو ما اذا قال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز
العقد في اليوم الاول دون اليوم الثاني قول ابي حنيفة وعندهما
الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيها
تسميتان في اليومين لان المسمى في غد هو المسمى في اليوم ايضا والمسمى
في اليوم هو مسمى في الغد ايضا وانما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه
لا غير الا ترى انه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم
استحق الدرهم وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه
غدا استحق الدرهم واذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت
الاجارة لان ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد
فصار نظير قوله بعتك حالا بالف ومؤجلا بالفين ولهما ان ذكر اليوم
للتاقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته واستعمالها للترفيه
والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما
اذا حمله على المجاز يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما
معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالا ومؤجلا
لانه لو حمل على التاقيت يفسد العقد لان تعين العمل مع تعين الوقت
لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بدلالة حالهما لان مقصودهما الصحة دون
الفساد ولابي حنيفة ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته
حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم
وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان تعين العمل مع
الوقت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعين الوقت
لا يوجب كونه اجيرا مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد
فمعنى

فمعنى المجاز كيلا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل
على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو
الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لانا لو حملناه على انه للترفيه
يؤدي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال
زفر فوجب حمله على انه للاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في الغد
ايضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا يكون الحرية بالنقص فاذا كان
ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة
فلم تفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم واذا خاطه الغد فسد
لوجود تسميتين فيه لان المعلق يترك بمجيء الغد والتسمية الاولى باقية
فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية
لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الاخر فكانا عقدين مختلفين
كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه
فيجب عليه اجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لانه
المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على
درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية
لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم
عند ابي حنيفة لانه لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم
فاولى ان لا يرضى الى ما بعد الغد والصحيح قولهما انه ينقص من نصف
درهم ولا يزاد عليه واما الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت في هذا
الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور
قول ابي حنيفة وعندهما لا تجوز هذه الاجارة وعلى هذا الخلاف
القسم الرابع وهو ما اذا قال اجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا
والى الكوفة بكذا ولهما ان الاجر والمنفعة مجهولان لان الاجر في

الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى اى العملين نعذر واى
الشيئين يجب وفي التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية
لان الاجر لا يجب فيه الا بالعمل وبه يرتفع الجهالة وبخلاف الترديد
في اليوم والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر
الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم وهذا هو القاعدة لهما ان الاجر
متى وجب بالتسليم لا يجوز ان يكون مرددا بين شيئين عند التسليم
لانه لا يدرى ايهما يجب والجهالة تفسد ولابي حنيفة انه خيره
بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما اجرة معلومة فيوجب
ان يجوز كما في مسئلة الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع
فالظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفا يرتفع الجهالة ولو احتيج
الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفا بمجرد التسليم يجب نصف
كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ اذ ليس احدهما باولى من الاخر
فيجعل التسليم لهما والصحيح انه يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر
ضررا من الانتفاع باقلهما ضررا ولذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال
اجرتك هذه الدار شهرا بمائة او هذه الدار بمائتين او اجرتك هذه
الدار بخمسين او هذا الدكان بعشرين وكذا يجوز بين ثلثة اشيا ولا يجوز
اكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع قال ولا يسافر بعبد
استاجره للخدمة بلا شرط لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر
اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف المراد المطلق يتقيد
بمثل هذا من المعارف فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه اشق
فصار نظير ما لو استاجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له ان يركب
غيره للتفاوت وكذا لو استاجر دارا للسكنى فانه ليس له ان يسكن
فيه حدادا لانه اضر ومطلق العقد لا يتناوله ولان مونة الرد على

المولى

المولى ويلحقه ضرر بذلك ولا يملكه الا باذنه بخلاف العبد الموصى
بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في
حقه ولا يقال المالك هنا فقد نزل منزلة المولى فيه وللمولى كان ان يسافر ملك
به وكذا لهذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا يملك
المنفعة الا ترى ان للمولى ان يبيع رقبته وان يزوجه ولا يملك المستاجر جر
ذلك فلذا ليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك او يكون يعرف انه ه
متهيا للسفر ويعرف بذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط
ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجر لا جره
يجتمعان قال ولا ياخذ المستاجر من عبد محجور اجرا دفعه
لعله معناه لو استاجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل
واعطاه الاجر ليس للمستاجر ان ياخذه منه والقياس له ان ياخذه
لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستاجر لانه بالاستعمال صار
غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب
لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له ان يسترده وجه الاستحسان
ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد
والنافع ما دون فيه فيجوز فيصح الاجر على ملكه فليس له ان يسترده
وهذا لان العبد محجور عن التصرف المضر بالمولى لا عن تصرف ينفع
المولى الا ترى انه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق
المولى وجواز الاجارة بعد ما سلم من العمل محض نفعا في حق المولى
لانها اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم تجز ضاع منافع
العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز واذا جازت الاجارة صح قبض
العبد الاجرة لانه العاقد وينصرف البدل الى العاقد ومتى صح قبضه
لا يكون للمستاجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في حالة

الاستعمال فانه يجب على المستاجر قيمته واذا ضمن صار مالكا له
من وقت الاستعمال فتبين انه مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه
الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر
له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا ملك قبول الهبة
وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي ايجاب الاجر
الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل وان اعتقه المولى في نصف
المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد واجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل
للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ
الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض
للمولى لانه هو العاقد قال ___ ولا يضمن غاصب العبد ما اكل من
اجره معناه اذا غصب رجل عبدا واجر العبد نفسه فاخذ الغاصب
من يد العبد الاجر فاكله فلا ضمان عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا
عليه ضمانه لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل له لان المال للمولى
لان الاجارة بنفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد
للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ منه والاتلاف
فيضمن ولابي حنيفة ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا
ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال ليس في يده
ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه
بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب تبعا لنفسه
فلا يتصور ان يكون محرزا اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز محرز اه
ما في يده عنه ولم يقع في يد المولى حقيقة او حكما بالاستنابة لا يكون
معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع
ولان الاجر بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو اتلف

الغاصب

الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولان الغاصب لو اجر العبد
نفسه واخذ الاجر واكله فلا ضمان عليه فكذا اذا اجر العبد
نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه
في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما
تردد بين اصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء
الاجر في يده فقلنا المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب في حق
الضمان فقلنا لا ضمان على الغاصب اذا اكله لان الاصل
وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البائع واستهلكه البائع
بنفسه لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة لان الاصل وهو المبيع في ضمانه
بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف متعديا
لانه ليس بدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه عند التعدي كالام
ولهذا لو استوفاها الغاصب لا يكون له بدله ولو اجر العبد كان الاجر جر
له قال ___ ولو وجد ربه اخذه اي لو وجد مولى العبد ما في يد
العبد من الاجر اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم
بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع وانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن
بالاتلاف وبقي الملك فيه حتى ياخذه المالك قال ___ وصح قبض
العبد اجره اي لو قبض العبد اجرته من المستاجر جاز قبضه بالاجماع ع
لانه المباشر للعقد وحقوق العقد له ولصرفه نفع محض على
ما مر في عبد غير مغصوب فصح لكونه ماذونا له في التصرف النافع هذين صح
قال ___ ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والاول
باربعة لانه لما قال اولا شهرا باربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا ت
للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات
في حق اليمين لا يكلم فلانا لان تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها واذا

انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول
تحريا للجواز ايضا لانه اقرب الا وما لاقاه فصار كما لو صرح به
قال ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال معناه
لو استاجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستاجر في اخر الشهر ابق
او مرض في المدة وانكر المولى ذلك او انكر اسناده الى اول المدة
وقال اصابه قبل ان تاتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول
من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له
الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا
وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان
الظاهر يشهد للمستاجر فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع
الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للموجر ففيه اشكال
من حيث انه يستحق الاجر بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه
انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على
بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر
وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب فرتبا الوجوب عليه
ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنقضه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى
هذا لو اعتق جارية ولها ولد فقالت اعتقتني قبل ولادته فيكون حرا
تبعا لي وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد
في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع
الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم للحال قال
والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة وفي الاجر وعدمه
يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بان قال رب الثوب
امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او في لون الصبغ بان قال صاحب

الثوب

الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ بل
امرتني اصفر او في الاجر بان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال
الصباغ باجر كان القول قول المستاجر اما اذا اختلفا في
الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان
اعلم بكيفيته ولانه لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فلذا اذا انكر
صفته اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا لو اقر به
لزمه واذا انكره يحلف واذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب
مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا اجر له او قيمته معمولا
فله اجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه هو صح
وهو في اصل العمل مخالف من وجه وهي الصفة فيميل الى ايهما شاء وروى
ابن سماعة عن محمد انه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال
ابن ابي ليلى القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب
الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر
فكان القول له وجوابه ما بينا واما اذا اختلفا في الاجر فلان المستاجر
منكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول
للمنكر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفا له
اي معاملا له بان كان يدفع اليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر
والا فلا لان ما تقدم بينهما من المقاطعة يدل على انه لعمله باجر فقام
ذلك مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من خالطه
من غير تسمية الاجر للعلم به وقال محمد ان كان الصانع تبذله الصنعة معروف واضح
بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله
جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا للظاهر المعتاد ووجها الاستحسان
والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكره من الظاهر

لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح للدفع لا غير الا ترى ان ذا
اليد يدفع المدعي بالبد اذا ابتعت بجنب ما في يده دار لا يستحق به
الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله والله تعالى اعلم

باب فسخ الاجارة قال وتفسخ بالعيب اى

تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب
فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع
وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق
ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم
اذا استوفى المستاجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه
جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار
للمستاجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة
فساعة فلم يوجد فيما ياتي بعده فسقط خياره قال وخراب الدار
وانقطاع ماء الضيعة والرحا اى يفسخ الاجارة بهذه الاشياء وهذا اشارة
الى ان الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه
وهي المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض وصار كهلاك العبد المستاجر
والاول اصح ووجهه ان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه
اباق المبيع قبل القبض او المستاجر وقال في الاصل ان الاجارة في الرحا
لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم
فبناه الموجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة فليس له ان يمنعه
من ذلك وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع منه وهذا تصريح بانه لا ينفسخ ولكنه
يفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتاتى فيه السكنى بنصب
الفسطاط فبقي العقد لكن لا اجر على المستاجر لعدم التمكن من الانتفاع
به على الوجه الذي فصله بالاستيجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت

فصار كهلاك المبيع قبل القبض مع

مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شيء من
المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته قال وتفسخ بموت
احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي لا تبطل بموت احدهما ولا
بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل
فيها ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع
فاذا مات الموجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد
فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل
الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا
به واذا مات المستاجر فلو بقي العقد انما يبقى على خلفه وارثه
والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل
الى ورثته وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق
بينهما الا من حيث ان احدهما بعوض والاخر بغير عوض وذلك لا تاثير له
في حق الارث لان الاعيان المملوكة بعوض او بغير عوض يورث لان الخلافة
لا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث ثابتا في الوقت
الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه
والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد
موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فصار البطلان كعقد النكاح
يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال وان عقدها لغيره لا
كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لبقاء المستحق عليه والمستحق
حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات احد المستاجرين او
احد الموجرين بطلت الاجارة في نصيبه وتبقى في نصيب الحي وقال زفر
تبطل في نصيب الحي ايضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة فكذا في المقارن
قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالشهود في النكاح

النكاح قال: ويصح خيار الشرط وقال الشافعي لا يصح اشتراط
الخيار فيها لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بحاله إن كان الخيار
له إذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وإن كان للمؤجر فلا
يمكننا التسليم أيضا على الكمال لأن ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا
يمكن تسليمه والتسليم يفرق الصفقة قبل التمام لأنها لم تتم مع خيار الشرط
بخلاف البيع لأنه يمكن رد جميع المعقود عليه فيرد إذا المبيع عين تبقى
ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ
بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لأن الخيار شرع في البيع
للتروي حتى لا يكون فيه غبن وخسارة بفسخ لأن الإجارة تقع بغتة
من غير سابقة تأمل فيحتمل أن يصادف غير الموافق فيحتاج إلى إزالته
فيجوز له اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح لأنه لا يقع بغتة بل يتقدمها السوم
والتأمل في الموافق فلا يحتاج فيه إلى التروي بعده ولا يحتاج إليه ولأن النكاح
لا يقبل الفسخ بالإقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد ألا ترى أن الإجارة
تفسخ بعيوب تحدث كالبيع ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم
لأن شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما
موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب
فكذا الخيار الشرط للضرورة بخلاف المبيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع
فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من
غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم
الضرورة فعلم بذلك أن هلاك بعض المعقود لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضي
فيها ولأن العقد في المنافع يقع متفرقا لأنه ينعقد ساعة فساعة على
ما مر فصار كل جزء من أجزاء المنفعة مستحقا بعقد على حدة فلا يتصور
فيه تفريق الصفقة إذ هو لا يكون إلا فيما ملك بعقد واحد قال

والرؤية

والرؤية أي يفسخ بخيار الرؤية أيضا وقال الشافعي لا يجوز استئجار
ما لم ير للجهالة قلنا الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى
المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إليها لأنه إن لم يوافقه يرده فلا
يمنع الجواز ثم إذا رآه يثبت له الخيار لأن العقد لا يتم إلا بالتراضي
ولا رضى بدون العلم وقد قال عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله
الخيار إذا رآه والإجارة شراء المنافع اتفاقا وله ظاهر الحديث لفظا
أو دلالة قال: ويفسخ بالعيب أي بالعذر وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه أي موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق
به أي بالعقد كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع
أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه أو حانوتا ليتجر فيه
فأفلس أو آجره ولزمه دين بعيان أو ببيان أو بإقرار ولا مال له
غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري وقال الشافعي
لا تفسخ الإجارة بالأعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان
ومذهب شريح أن الإجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لأنها
أجيزت للضرورة كالعارية ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم فينفرد
كل واحد منهما بالفسخ من غير عذر كالعارية ولنا أنها عقد معاوضة
فيلزم من الجانبين كالبيع وكونها أجيزت للحاجة لا يدل على عدم لزومه ألا
ترى أن السلم أجيز للحاجة ويلزم إذا وقع بخلاف العارية فإنها
عقد تبرع ولا يلزم على ما سبق أن المنافع غير مقبوضة في الإجارة فصار
العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به إذ المعنى يجمعهما
وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق
بالعقد وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من الأمثلة التي
ذكرها عذر ظاهر وفي المضي فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز

له الفسخ وهذا لان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير
المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر اخذنا فيه بالقياس
فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقد
التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم قال في الجامع الصغير
وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه
لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي لانه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض
فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم
ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع
في الهبة قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح ومنهم من وفق فقال
اذا كان العذر ظاهرا ينفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضي خان والمحبوبي
هو الاصح والعذر الظاهر مثل ان يستاجر الحداد ليقلع الضرس ثم يسكن
او الطباخ ليطبخ للوليمة ثم تختلع المراة وقوله او اجر ولزمه اي
اجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على قضائه الا من ثمن ما اجر ولم يقل
ذكر فيفسخه فسخه فقال بعضهم يبيع الدار اولا فينفذ بيعه وينفسخ الاجارة
ضمنا لبيعه وقال بعضهم يفسخ الاجارة اولا ثم يبيع وقوله ولزمه
دين بعيان او بيان او اقرار وانما ذكره ليبين انه لا فرق في ثبوت الدين
بين ان يكون ثابتا قبله او ثابتا بعده او باقراره او بالبينة لحقه ضرر
لانه يحبس به فيتضرر وقوله او استاجر دابة للسفر فبدا له منه
لا للمكاري اي لو استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ان لا يسافر يعذر
ولو بدا للمكاري لا يعذر لان المكتري لو سافر يلزمه مشقة وضرر وربما
يفوت ما سافر لاجله كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر
لانه يمكنه ان يقعد ويبعث على يد تلميذه او اجيره وكذا لو مرض لما
ذكرنا وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا

يشفق

يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض
وعلى رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا قال ـــــ ولو احرق حصائد بد
ارض مستاجرة او مستعارة فاحترق شيء في ارض غيره لم يضمن
لانه متسبب وشرط الضمان فيه التعدي ولم يوجد فصار كما
لو حفر بئرا في ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما
في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر ولا يشترط فيه التعدي
لان المباشر علة ولا يبطل حكمها بعذر والمتسبب ليس بعلة فلا
بد من التعدي ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد في ملكه مباح فلا
يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي هذا اذا كانت الرياح ح
هادئة حين اوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له في تحريكها اما اذا
كانت الرياح مضطربة ينبغي ان يضمن لانه يعلم انها لا تستقر
فلا يعذر فيضمن وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي انه لو وضع
جمرا في الطريق فاحرق شيئا ضمن لانه متعد بالوضع ولو
رفعته الريح الى شيء فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله
ولو اخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه فوضعه على العلاة
وضربه بالمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيئا
ضمن ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيئا فاحرق شيئا لم يضمن ولو
سقى ارضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره ضمن لانه
لم يكن منتفعا فيما فعل بل كان متعديا قال ـــــ واذا اقعد
خياطا او صباغا في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح وهذا
استحسان والقياس ان لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان ن
فالعامل استاجره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج
من العمل فصار كقفيز الطحان وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر

لموضع جلوسه من دكانه يتصرف ما يعمل وذلك مجهول للضا
وجه الاستحسان ان هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان تفسير
شركة الصنائع ان يكون العمل عليهما وان كان احدهما يتولى العمل بحذاقته
والاخر يتولى التقبل بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الى الجواز
وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول
جائز لهما اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل
وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما وراءه فامكننا اثبات الشركة
في التقبل والعمل اقتضاء ولو صرحا بشركة التقبل فعمل احدهما ما قبله
صاحبه او ما قبله بنفسه ولم يعمل الاخر لعذر به من مرض ونحوه كان
الاجر بينهما على ما عرف في موضعه وكذا هنا وقول صاحب الهداية هذه
شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا شيئا
بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شرا وكيف يتصور ان يكون
شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا قال وان
استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد وفي القياس
لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل
تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطا
وهو المهاد والدثر وهو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما يلقيه
الراكب على نفسه قال وروية احب اي روية المكاري المحمل
اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الى العلم بتحقق الرضا منه
قال ولمقدار الزاد فاكل منه رد عوضه اي ان استاجر جملا ليحمل
عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق رد عوض ما اكل وقال
بعض

بعض اصحاب الشافعي ليس له ان يرد عوض ما اكل لان العرف
بين المسافرين انهم ياكلون الزاد ولا يردون بدله والمطلق يحمل على
المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد اذا نفد ما عنده لان
العرف بينهم جرى برده عند نفاده ولنا انه استحق عليه حملا مقدرا
في جميع الطريق فله ان يستوفيه وصار كالماء والعرف مشترك فان
بعض المسافرين يردون فلا يلزمنا عرف البعض ويحمل فعل من لا
يرد على انهم استغنوا عنه ولا يلزم حجة ولهذا يرده بعضهم وهم
يحتاجون اليه قال وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة
والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة
والطلاق والعتق مضافا اي مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة
تنعقد لتمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فيكون مضافا فيه
ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة
حدوثا على ما بيناه في اول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها
معتبر بها فيجوز اضافته ايضا الا ترى ان البيع لما لم يجز اضافته لا يجوز
فسخه مضافا ايضا فقد الحالتان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة
والمعاملة وهي المساقاة اجارة لان من يجيزهما على انهما اجارة فيجوز
اضافتهما لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك
يجوز اضافته على ما نبينه والكفالة التزام للمال ابتدا فيجوز اضافتها
وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة ولا يجوز تعليقها
بمطلق الشرط بل بشرط ملايم بخلاف الوكالة فانها يجوز تعليقها بمطلق
الشرط اذا كان متعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه
في التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك المال بعد الموت لا يكونان
الا مضافين لان الايصاء في الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة

والقضاء والإمارة يجوز تعليقهما بالشرط وإضافتهما إلى الزمان لأنهما
تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط ألا يرى أنه عليه السلام
أمّر زيد بن حارثة ثم قال إن قتل زيد فجعفر وإن قتل جعفر فعبد الله
ابن رواحة رواه البخاري **قال** لا البيع وإجارته وفسخه
والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
وإبراء الدين يعني هذه الأشياء لا تجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل لأنها
تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة بخلاف الفصل
الأول لأن الإجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية وأما
الإمارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في
البيوع

كتاب المكاتب

قال الكتابة تحرير يدا في الحال ورقبة في المآل هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا
اللفظ على الجمع ومنه كتب النعل والقربة أي خرزها والكتبة الخرزة
الواحدة كتبة ومنه كتب البغلة إذا جمع بين شفريها بحلقة والكتيبة
الطائفة من الجيش مجتمعة وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لأن فيه
ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة أو لأن فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أو لأن
كلا منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائما بالمحل
وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة
عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وأحكامها حالا ومآلا
وركنها الإيجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت
حرية اليد في الحال حتى يكون العبد أخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان
على المولى بالجناية عليه أو على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الأداء
وهذا لأن المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية
فصار كالنعامة إن استطير تباعر وإن استحمل تطاير ومن جانب المولى
ثبوت

ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند
الأداء وألفاظها أن يقول كاتبتك على كذا أو ما يدل على ذلك
قال كاتب مملوكا ولو صغيرا يعقل بمال حال ومؤجل أو
منجم وقبل صح لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم
فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول الجميع ما ذكرنا من
الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يأتي منه الطلب وقال
الشافعي لا يجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة أما الأول فلأن الصغير
ليس بأهل للتصرف وهذا بناء على مسألة الإذن للصبي في التجارة فإنه لا
يجوز عنده وعندنا يجوز لأنه تصرف نافع وظاهر الآية يشهد لنا لأن الابتغاء
المذكور في الآية يتحقق منه إذ الكلام في صبي يعقل وأما الثاني فلأنه
عاجز عن تسليم المعقود عليه لأنه مملوك لا يقدر على شيء وفي زمان قليل
لا يمكنه التحصيل فلا يجوز إلا منجما وأقله نجمان ليتمكن من التحصيل إذ
القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ألا يرى أن العجز الطارئ يبطلها
فالمقارن أولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على أصله لأن العاقد فيه
أهل للملك قبل العقد فالظاهر أنه قادر على إيفاء ما التزم وإقدامه على
العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا إطلاق ما تلونا فإنه يتناول الحال
والمؤجل فلا يجوز تقييده لأنه نسخ على ما عرف في موضعه ولأن البدل في
الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة
على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فإن من ليس عنده شيء جاز
أن يشتري ما شاء بخلاف السلم على أصلنا فإن المسلم فيه معقود
عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الأجل عوضا عما فات من القدرة
ليتمكن من التحصيل في المدة ولأن الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه
ولا يطالبه للحال بخلاف السلم فإنه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر

انه لا يؤخر الطلب اذا توجه له المطالبة بحق في الحال ولان اعساره
في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز ان يملك في المجلس اصطناعا فيدل
الكتابة لان المال غاد ورايح ولا يمنع به الجواز ولان عقد الكتابة
يعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك
شيئا ان يشتري حملة بخلاف المسلم لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا
يشترط ان يكون موجودا معينا الا محل السلم لما روي انه عليه السلام نهى
عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وانما اشترط قبول العبد
لانه يلزمه المال فلا بد من التزامه والامر محمول انه للندب عند الفقها
حتى لا يجب على المولى ان يكاتب عبده وقال داود الظاهري يجب عليه
اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله امر به والامر للوجوب
وقال بعض مشائخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيهم خرج على وفاق
العادة فان العادة جرت على انه لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر
للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا قلنا الامر قد يكون
للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال
الله الذي آتاكم فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الائمة وحمله على الاباحة
ليس بقوي عندي لانه يؤدي الى انه لا فائدة في ذكر الشرط لان الكتابة
جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون تعليق
فانه اصلا فيكون التعليق بالشرط مفيدا للندبية يعني يستحب له
ان يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى
ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم
الاية فان تعليقه بعدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج امة مع
القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه والمراد بالخير المذكور في الاية
هو ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه

ولو

ولو تمسك داود بما روي عن ابن عباس رض في رواية عمرو بن دينار ان سيرين سال انس بن مالك الكتابة فابى عليه فشكاه الى عمر فعلاه بالدرة وامر بالكتابة انتهى

ل

ولو فعل جاز وقيل الوفا واداء الامانة وقيل الصلاح وقيل المال
والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا الى ما لا وما
تنفقوا من خير اي مال وهو ان يكون كسوبا يقدر على اداء
البدل ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله صلى الله عليه وسلم
ايما عبد كوتب على مائة اوقية فاداها الا عشر اواق فهو
رقيق رواه ابو داود والترمذي واحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم
له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي المساواة وا خلفت
الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب علي رضي الله عنه انه يعتق بقدر
ما ادى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستويان فيما يسلم لهما من البدل ومذهب
ابن مسعود رضي الله عنه انه يعتق اذا ادى قدر قيمته لانه يقوم مقامه
ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب ابن عباس رضي
الله عنهما انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته كانه جعل
الكتابة واردة على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه
انه لا يعتق منه شيء حتى يؤدي الكل وبه اخذ علماء الامصار لما روينا وقد
ثبت له بعض احكام الحرية على ما بيناه ولا حاجة الى اثبات الحرية
ويعتق العبد باداء البدل وان لم يقل له المولى اذا اديته الي فانت حر
وقال الشافعي لا يعتق الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب
المال على عبده منجما وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلا بد من تعليق
العتق بالاداء ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند
الاداء لانها تنبي عن الجمع وهو جمع حرية اليد الى حرية الرقبة عند
الاداء وما قاله الشافعي لنا عبارة عن ضم نجم الى نجم لا نسلم لانه لو
ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتبا ولا يثبت له شيء من احكام
الكتابة حتى يجوز بيعه ويحجبه عن التصرف ويملك اخذ كسبه بلا اذنه
ولا تاثير لتعليق العتق في ثبوت احكام الكتابة [illegible] الا ترى انه اذا علقه بشرط

الكتابة

آخر لا يثبت له شيء من أحكامها وهذا إذا علقه بأداء المال بأن قال إن أديت إلي ألفا فأنت حر فعلم بذلك أن هذه الأحكام تثبت بعقد الكتابة فلذا العتق يثبت به عند الأداء لأن حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وفي التعليق يثبت العتق بمجرد الشرط لأن حكم العقد يثبت عقيبه لكن يترك ذلك بما روينا ولأنه لو عتق كان المولى متضررا بخروج عبده عن ملكه بالعوض في ذمة المفلس فلا يصار إليه ونظيره ما قلنا في الإجارة لما لم يملك المنفعة في الحال يتأخر ملك البدل أيضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة وقال الشافعي يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم أمر وهو للوجوب ولنا أن العقد يوجب البدل ولا يجوز أن يكون موجبا إسقاطه إذ العقد لا يقتضي شيئا وضده كسائر العقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الآخر هلك لأن العقد يقتضي المساواة بينهما والمراد بالأمر في الآية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من الأمر بالكتابة فإنه للندب فكذا هذا وليس هذا من باب الاستدلال بالقران في النظم مثل قوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة لأن تلك الآية مشتملة على جملتين مستقلتين لا ارتباط لأحدهما في الأخرى فلا يجوز أن يستدل بحكم أحدهما على حكم الأخرى أما هنا فالثانية مرتبطة بالأولى إذ البدل المأمور به في الأولى هو البدل المأمور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الإيتاء يدل عليه لأنه للتمليك لا للحط فعلى هذا يجوز أن يكون المراد به هو دفع الزكاة إليهم بل هو الظاهر لأنهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات ويجوز أن يراد به دفع الصدقة بعد الأداء لأنهم من جملة فقراء المسلمين كل ذلك محتمل لأن الواو

والامر

في أنه لا يقتضي الترتيب والقران قال وكذا إن قال جعلت عليك ألفا تؤديها نجوما أوّل النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق لأن هذا يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يرجح جهة الكتابة وقوله والأفضل يعني يكون مكاتبا بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الأول وهذا الاستحسان والقياس أن لا يكون مكاتبا به لأن النجوم فضول الأداء وله أن يضرب على عبده ما شاء من الغلة وقوله بعد ذلك إن أديته فأنت حر هو تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الألفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما إذا أطلق الكتابة بل أولى لأن المفسر أولى وقوله إذا أديته فأنت حر لا يدينه لأن ما قبله محتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يرجح جهة الكتابة وقوله والأفضل أي إذا لم تؤده فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج إليه كما لا يحتاج إليه في الكتابة ولو قال له إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فهي مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده إلا بالكتابة فنعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة ولأن التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون إلا بعد الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل تكون هنا اعتبارا بالتعليق بالأداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لأنه يدخل في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص بالكتابة فلا تكون مكاتبا وهو الأصح قال فيخرج من يد المولى إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب عن يد المولى لأن موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لأن المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج

إلا المال فيما ساء

به

فيطلق له الخروج قال دون ملكه اي الخروج من ملك المولى لما روينا
ولانها عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين المتعاقدين واصل البدل يجب
للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لانه ملكه فيه الا انه لان يثبت
في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة
به فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض
تم المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة
المالكية تحقيقا للمساواة بين البدلين ابتداء وانتهاء ولو اعتقه المولى عتق بعتقه
لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه
مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال وغرم ان وطئ مكاتبته او جنى
عليها او على ولدها او اتلف مالها لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى
وصار المولى كالاجنبي فصارت احق بنفسها وكسبها لتتوصل الى المقصود
بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على كونها احق بمالها ونفسها
ولولا ذلك لاتلف المولى ما في يدها ولم يحصل لها الغرض المبتغى بالكتابة ومنافع
البضع ملحق بالاجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند الاقدام بالوطء وانتفى
الحد للشبهة قال وان كاتبه على خمر او خنزير او قيمته او عين لغيره
او مائة ليرد سيده عليه وصيفا فسد اما الكتابة على الخمر والخنزير فلانه ليس
بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد وهذا لان تسمية ما ليس بمتقوم
في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف
النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر او الخنزير لانه لا يحتاج لصحته الى تسميته
حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر ومع نفيه فلذا اذا سمي ما لا يصلح مهرا لان
وجوده كعدمه واما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف
باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو
النقدان ولم يتعين واحد منهما فيفسد لتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب

دابه

او دابة لان الثوب والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت
في الذمة اصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة والتنصيص
عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا اولا ترى انه لو كاتبه
على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط او قيمته حتى لو اتى بقيمته يجبر
المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا
نقول القيمة في مسألة الكتابة لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا
يمكن ايجابها قصدا واما فيما اذا كاتبه على عبد تجب حكما لا قصدا وكم من شيء
يثبت حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا الا ترى ان الصحيح ان الحمل لا يجوز
ويجوز تبعا للامة وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا للامة واما اذا كاتبه
على عين غيره فلانه لا قدرة له على تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين
كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على
دراهم او دنانير بعينها وهي لغيره يجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين
في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها
العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة
على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات
معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود
التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد ولا تصح تسميته
بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به ولا يشترط القدرة عليه
ولهذا اجوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ح
وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو
تابع فيه وهو الصداق اولى ان لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق
ايضا ولان الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية
اليد في الحال ويتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جاز هذا لثبت حرية

البدوا لرقبه في حاله واحده لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا
يكون كتابه لان الكتابه شرعت على وجه تختص لا بتنا الحريه على التعاقب
واذا لم تحصلا لم ينعقد اصلا لان كل عقد لا تحصل منه مقصوده لا
ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابه لكان الاداء من مال المولى اذ الاجاره
تستند الى العقد فتصير العين من اكسابه وهي بعد العقد وقبله ووقت
العقد ملك له فكانت الكتابه على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد
فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا للعين من وقت العقد
فدخل في ملك المولى ضروره اجازة صاحب العين ذلك روى عن محمد انه
يجوز لانه لو اشترى به شيئا يجوز بالاجازه مع انه مبني على المماكسه فالكتابه
اولى ان يجوز لكونها مبنيه على المسامحه والمساهله وعن ابي حنيفه انه
لا يجوز لانه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابه لانها
تثبت للحاجه الى الاداء من المكاسب ولا حاجه اذا كان البدل عينا لانه يتعلق
به مقصود الكتابه على ما بينا وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز
غير انه عند الاجازه يجب تسليم العين وعند عدم الاجازه يجب عليه تسليم
قيمة العين كما في النكاح وروى ابو يوسف عن ابي حنيفه انه ان ملك ذلك
العين فادى لم يعتق الا ان يقول المولى قال له اذا اديت الي تلك العين فانت
حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر
كذلك وهي رواية الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف وروى صاحب الاملاء عن ابي يوسف
انه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون
المسمى مالا متقوما وقد وجد الاتفاق كما اذا كاتبه على خمر فاداها وجه
قول ابي حنيفه ان تلك العين لم تصر بدلا في هذا العقد بتسميتها لانه لا يقدر على
تسليمه فلا ينعقد العقد اصلا فيعتق ان ادى باعتبار صريح التعليق وانه
يصح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو
من كسبه

ملك — وليوضح

من كسبه بان كان مأذونا له في التجاره ففيه روايتان في رواية يجوز
لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز
لانه كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين اكتسبه من قبل ولو كاتبه
على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لا تتعين في عقود
المعاوضه واما اذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه سيده
وصيفا فالمذكور هنا قول ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الكتابه
ويقسم المائه على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما اصاب
الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد
عليه جاز استثناؤه من عقد الكتابه لان جهالة المستثنى منه بقدر
جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسميه
فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسميه ولهما ان بدل الكتابه مجهول
القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لا
يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمه وتسمية القيمه تفسد العقد
كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف ان الاستثناء معتبر بالتسميه على معنى ان كل
ما يصلح تسميته يصلح استثناؤه وما لا فلا فكان يتعدى الجهالة مفسده
ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابه لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف
الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو مكاتبه فتبطل
لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابه ولانها لو جازت على هذا الوجه لجازت
بالحصه ابتداء ولانه صفقه في صفقه وهي بيع في كتابه فلا يجوز للنهي عنهما
قال ـــ فان ادى الخمر عتق لان العقد ينعقد وان كان فاسدا فيعتق
بالاداء وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابه الفاسده هو
القيمه فيعتق بادائه ولا يعتق باداء الخمر كذا ذكره في الكافي وعزاه
الى المبسوط والذخيره وكذا ذكر في الهدايه وفي بعض نسخ الهدايه وقال

المولى صح

العقد ويجوز الكتابه على الوصيف ولا يجوز استثناؤه ...

زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن أبي يوسف
أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه
هو البدل معنى وعن أبي حنيفة ومحمد أنه يعتق بأداء عين الخمر إذا قال
إن أديتها فأنت حر باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط
فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم فإنه لا يعتق إلا في صورة
التعليق نصا وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير
والفرق بينهما وبين الميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجملة وإن لم يكن
لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق
عند أداء البدل المشروط وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند أحد
فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق
صريحا قال وسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد
إذا أعتق المشتري المبيع أو أتلف في يده قال ولم ينقص من المسمى
ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فيجب قيمة بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد غير أن المولى لم يرض أن ينقصه بأقل مما سمى فلا ينقص منه وإن
نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية
فيزاد عليه إذا زادت قيمته على المسمى وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء
القيمة لأنه هو البدل في الفاسد ذكرها أو لم يذكرها فأمكن اعتبار معنى العقد
فيه وأثر الجهالة في الفساد لا في إبطال العقد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب
حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه يختلف اختلافا فاحشا لا يوقف على مراد
المولى فكانت الكتابة باطلة فلا يعتبر أصلا حتى لو أدى قيمته الصالحة لا
يعتق إلا إذا علقه به قصدا بأن قال إن أديت إلي ثوبا فأنت حر فحينئذ
يعتق بأداء الثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهي تنعقد مع الجهالة

فينصرف

فينصرف إلى ما ينطلق عليه اسم الثوب والمكاتبة معاوضة فيتمسح بالجهالة له
الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لأنه ثبت في ضمن المعاوضة
فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر أصلا والأصل فيه عند علمائنا
الثلاثة أن المسمى متى كان شيئا لا يصلح عوضا لجهالة القدر أو الجهالة
الجنس فإن العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة إذ لا ينعقد هذا
العقد أصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لأن عتق المكاتب معلق
بأداء العوض وليس معلق بمطلق الأداء فإذا كان المسمى لا يصلح عوضا لكونه ب
لا يعلم به كالقيمة فإنها مجهولة من وجه وتصير معلومة من كل وجه وإن كان يصلح عوضا
عند الأداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا أصير إليها يعلم به كالقيمة صح
في ضمان العدوان وضمان العقود إذا فسدت التسمية قال وصح
على حيوان غير موصوف أي صح عقد الكتابة على حيوان لكن بين جنسه
لا نوعه وصفته كالعبد والفرس وينصرف إلى الوسط ويجبر المولى
على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لأن كل واحد أصل فالعين أصل
تسمية والقيمة أيضا أصل لأن الوسط لا يعلم إلا بها فاستويا وقال الشافعي
لا يجوز هذا العقد لأن المسمى فيه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بأن
كاتبه على دابة أو دار أو ثوب وكالبيع والجامع كونهما معاوضة لا يصحان
إلا بتسمية البدل ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز
الكتابة على الوصيف ولأنها مبنية على المسامحة وصار كالجهالة في الأجل
فإنه إذا كاتبه على أن يؤدي إلى الحصاد ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف
البيع لأنه مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من
كل وجه والكتابة معاوضة تعتبر مالا في الابتداء إذ البدل مقابل بفك مال ثم
الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وإن كان معاوضة مال لأن البدل يقابل
الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه لكون العبد لا يملك ماليته نفسه

فشابه النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة او نحوها لان الجهالة
فاحشة فيه فلا ينعقد اصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه على قيمته
حيث يفسد ويجب قدر القيمة والفرق ان الجهالة في القيمة جهالة
في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف
دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز
لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا ان جهالة الوصف لا تمنع الصحة
في معاوضة مال بغير مال وجهالة الجنس تمنعه لا تمنع في الحال قال
او كاتب كافر عبده الكافر على خمر يعني صح هذا الاخير لان الخمر مال متقوم
في حقهم كالعصير في حق المسلم فيصح تسميته اذا كان المسمى معلوما
واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا ويجب فيه
القيمة على ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما قال واي اسلم فله قيمة
الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها
وتملكها اذ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والتسليم
يرد على معين فيكون غيرها ويرد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد
وتملكا من المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فيعجز عن
تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى وتكون
الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم اسلم احدهما
قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا
في الجملة فتبقى الكتابة ويصح ان يكون القيمة بدلا في الجملة الا ترى انه اذا كاتبه على وصيف
او نحوه يجوز الكتابة وتجب القيمة فكانه كاتبه على القيمة ولهذا اجبر المولى
على قبول القيمة واذا جاز ان ينعقد على القيمة فاولى ان يبقى بخلاف البيع
لانه لا ينعقد على القيمة صحيحا اصلا فكذا لا يبقى عليها قال وعتق
بقبضها اي بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد

العوضين

العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض الاخر للاخر واذا ادى
الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هي المذكورة
في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه يعتق باداء الخمر
او قيمته بنفسه على ما مر وقال في الكافي هكذا ذكر بعض المشايخ كالامام صح
ظهير الدين المسبرازي ونجم الدين الاقطس والرجبي والنيسابوري
في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر
لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى القيمة ولم تبق الخمر
بدلا في هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام
على قيمتها صحيحا على حاله ولا يتصور بقاؤه صحيحا على الخمر بعد الاسلام
لخروجها من ان تكون بدلا فيه ضرورة وباداء غير البدل لا يعتق بخلاف
ما اذا كاتب المسلم عبده او كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق باداء
الخمر لان العقد هناك انعقد فاسدا فيعتق باداء البدل المشروط فيه
لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتاقه ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست
بمال

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال للمكاتب البيع والشراء والسفر لان مقصود السيد من العقد
الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد الوصول الى الحرية وذلك انما
يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج الى الخروج الى السفر
ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا للمسامحة
واستجلابا لقلوب الناس كي يكثر معاملوه فتكثر بيوعه وتجاراته كلها
فيصل الى مقصوده في ادنى مدة وقد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال
وان شرط ان لا يخرج من المصر هذا متصل بما قبله اي له ان يسافر وان شرط
المولى عليه ان لا يخرج من المصر لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد
الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص

بنفسه ومنافع نفسه واكسابه وان لا يتحكم عليه احد ويحصل المال
باي وجه شا وذلك بان يتصرف كيف شا وينفرد به لان التحصيل
يختلف باختلاف الاوقات والاماكن خصوصا في السفر فانه مظنة
التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون
من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده
فيبطل هو دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا
كان داخلا في صلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل
الفسخ قبل ادا البدل وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ
بعد الادا ولانها مبادلة مال بغير مال في حق المولى ومبادلة مال بغير
مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه فيوفر عليهما حظهما فلشبهها بالبيع يبطل
بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يكون في البدل مثل
ان يشترط خدمة او كاتبه على خمر او خنزير ولشبهها بالنكاح
لا يبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد
او لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك ولان الكتابة في جانب العبد تشبه
الاعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا فيهدر
الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط كما اذا اعتق عبدا على انه سايبة
يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال وتزويج امته لانه
من باب الاكتساب لانه يملك المهر ويسقط نفقتها عن نفسه وقد اطلق
له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث
لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فيمنعها من
الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب ملحوقا
على المولى ضررا وليس مقصودها ايضا بتزويج نفسها المال ولنا التحصن
والاعفاف بخلاف تزويج امتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز

مقصودنا

لها

لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد الماذون له في التجارة
والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة
والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال وكتابة عبده وقال زفر والشافعي
ليس له ان يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو ليس له ان يعتق على
مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل ان يوكل
ولا للمضارب ان يضارب ولنا ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها
كما يملك البيع وربما يكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك
بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل اليه ولهذا
يملكه الاب ووصيه وهو لم يملكه على ان العقد يتضمن مثله وانما يملكه
على ان الكتابة ليس من نفس العقد وقد بينا انه قد يكون انفع من البيع
لعين فاذا جاز البيع فاولى ان يجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا
به من المسائل لانها لو جازت لجازت على ان العقد يتضمن مثله
اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب العتق
والحرية بمقصود الحال وهو لا يقدر على ذلك ولان رقبته ازالة ملك
عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد لا يقتضي ما هو مثله
والاعتاق على مال فوق الكتابة فاولى ان لا يملكه وكذا لا يملك تعليق العتق
باداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا ولانه فوق الكتابة الا ترى انه
لا يقبل الفسخ والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له ان يكاتب والديه
وولده لانهم دخلوا في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة
المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم ويعتقون بعتق المولى فيهم قال
والولاء له ان ادى بعد عتقه اي الولاء للمكاتب الاول ان ادى الثاني الكتابة
بعد عتق الاول لان الاول اهل للعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو اهل
للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما عند ذلك فيثبت الولاء له

ضرورة قال والا ليستولي اي ان لم يؤد المكاتب الثاني المال الى
المكاتب الاول بعد عتق الاول بل اداه قبل ان يعتق كان الولا للمولى لا
للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهلية الاعتاق
فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون له
شيئا فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه
وهذا لانه فيه نوع ملك ولعتقه ضرب انتساب الحاصل فيه لاستفادة
نسبه منه فجعل المكاتب كالنايب عن مولاه وفعل النايب ينتقل الى
الاصل فيكون كانه اعتقه لا ان فعل النايب ينتقل اليه فيكون الولا له ولو ادى
الاول بعد ذلك لا ينتقل الولا اليه لان المولى جعل معتقا والولا لا يتحول
عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولا في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك
ليس بمعتق مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل
ان الحكم لا يضاف الى المتسبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة
والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زالت الضرورة فيتحول الولا
الى قوم الاب قال ولا التزوج بلا اذن اي لا يملك التزوج بغير
اذن مولاه لانه يعيب نفسه بما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة
ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه
اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه وهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد
المحجور عليه بخلاف تزويج امته لان فيه اكتساب مال على ما بيناه ويملك
التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لما ان ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما
لا على خروجه عن ملك المولى يدا وثبوت ملكه في الرقبة قال
والهبة والتصدق الا باليسير لانها تبرع وهو ليس من اهله الا ان اليسير
منه من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع
عليه المجاهزون وهي من ضرورات التجارة فيملك لان من ملك شيئا ملك

ماهو

ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا
يملكه قال والتكفل والاقراض لانهما تبرع محض وليسا من
ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق في الكفالة
بين ان يكون في المال او في النفس وبين ان يكون بالامر او بغير الامر
لان الكل تبرع قال واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه
لانه ليس باهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب
لا يملك الرقبة ولا يفيد عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن
العبد يقابله دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد
بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه
قال وتزويج عبده اي لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به لانه
تعييب له وينقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر والنسبة
بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شي بخلاف تزويج الامة على
ما بيناه قال والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك
مضارب وشريك شيئا منه لان الاب والوصي يملكان الاكتساب
كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكتابة مملوك
الصغير والمضارب وشريكا العنان والمفاوضة لا يملكون الا التجارة
والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال
والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال يقابل بفك الحجر في الحال
وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا
لا يثبت فيها الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع ولولا انها مال لثبت
وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا انها مال لما صلحت لان الله تعالى شرع ابتغاء
النكاح بالمال بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم ولم يشرع بغير المال ثم
الاصل فيه ان من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة

كالأب والوصي والجد والمكاتب والقاضي وأمينه وكل من كان
تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج
الأمة ولا الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يملك تزويج الأمة
لأن فيه منفعة على ما بيناه وجوابه أنه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا
يملكونه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي
كالمأذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالمأذون أشبه بالفقه قال
ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه لأن المكاتب من أهل أن يكاتب وإن لم
يكن أهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان وهذا
لأن المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه
السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فإذا تعذر الإعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر
بخلاف الحر فإنه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان أهلا
للإعتاق بأن كان بالغا عاقلا أو كان صغيرا أو مجنونا لأن هذه الصلة
وهي العتق تجب حقا للعبد فلا تختلف بين أن يكون مكلفا أو لم يكن كنفقات
الزوجات والأقارب ثم ذكر الأب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا
الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد يدخلون في كتابته تبعا له وأقواهم
دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون
في الأحكام فإن الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى إذا مات
أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة
حالا وإلا رد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا
ولا مؤجلا وإنما كان كذلك لأن الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة
بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته
ثابتة بالملك وبالبعضية سببا حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه لأنه لا
بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك

لا باعتبار البعضية فإنهما ليسا بعضا له فاختلفت الأحكام لذلك
قال ولو اشترى أخاه ونحوه لا أي لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه
غير الولاد لا يكاتب عليه وهذا عند أبي حنيفة وقالا يكاتب عليه
لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا العتق على الحر
كل ذي رحم محرم منه ويجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهب لهم ولا يقطع
يده إذا سرق منهم إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم
ولأبي حنيفة أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه
وهو الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة
إليه ولو وجد كنزا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ألا ترى أن القادر
على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب الأخ
بنفقة أخيه إلا إذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص
الوجوب بمحله ولأن هذه قرابة تشبه بني الأعمام في حق بعض الأحكام
كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع
الزكاة إليه وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة
الجمع بين اثنتين منهن في النكاح فألحقناها بالولاد في العتق وببني الأعمام
في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل
على عكسه لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة فإن أحد الشريكين إذا أعتق
نصيبه ليس للآخر أن يبطله ولو كاتبه كان له أن يبطله قال ولو
اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها أي لو اشترى المكاتب أم ولده مع
ولده منها لم يجز له بيعها لأن الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر
فتتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لأنها تبع له قال عليه السلام أعتقها ولدها
ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم يفسد النكاح لأنه لم يملكها
وجاز له أن يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غير أنها

لها أن تبيعه كما كان لأن الحرية لم تثبت من جهتها على ما ذكرناه من قبل ولو ملكها مع ولدها جاز له بيعها عند أبي حنيفة وقالا ليس له أن يبيعها لأنها أم ولده فصار كالحر إذا اشترى أم ولده وحدها ولأبي حنيفة أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها الولد لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد إذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة فحينئذ يلزم أن يجعل الشيء الذي هو غير قابل للفسخ مرحلة ما يقبل الفسخ نظرا للشبهة وذلك لا يجوز لأن الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه وما للمكاتب موقوف فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ إلا أنه يمتنع بيعها تبعا لولدها منه وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه قال وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته وكان كسبه له لأنه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه في الكتابة على ما ذكرناه وكان كسب الولد للمكاتب لأنه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة إذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل في كتابتها لأن الولد المولود يسري إليه الصفات الشرعية الثابتة في الأم كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فإذا سرى إليه صار حكمه حكمها فكانت هي أحق به وبكسبه لأنه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال وإن زوج المكاتب عبده أمته ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكسبه لها لأن الولد يتبع الأم في الأوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت أحق بكسبه من الأب لأنه لا ملك له عليها حتى يسري إلى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هي أحق به لأنه جزؤها فصار كنفسها وهي نظير المسألة الأولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للأم دون الأب

لما ذكرنا

لما ذكرنا أنه أحق به بخلاف ما إذا قبلا الكتابة عن نفسيهما وعن ولد لهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون للأم أحق بها لأن دخوله في الكتابة ههنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالعقد وإنما دخل بمجرد التبعية وفيها الأم أولى على ما بينا قال مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد يعني لو تزوج مكاتب وعبد مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرة بإذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق وليس له أن يأخذه بالقيمة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان التزوج بإذن المولى وإن كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هي الغارة له وكذا إذا غر عبدا أو مأذونا وعبد مأذون له في التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق لأنه ليس من باب التجارة ولا ينفذ في حق مولى الغار وإن غر حر رجع عليه في الحال لأن ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع عليه في الحال إذا كان التزوج بإذن مولاه وإلا فبعد الحرية وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الإخبار بأنها حرة لمحمد أنه تزوجها رغبة في حرية الأولاد معتمدا على قولها فلم يحصل له فصار مغرورا كالحر فيكون أولاده أحرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا إذ الولد يتبع الأم في الرق والحرية وتركنا هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في معنى الحر لأن حق المولى وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيتعذر الإلحاق

لعدم المساواة هلا اذكروا هنا وهذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه
بسبب اذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال والموضوع
هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير
اذن المولى لانه لا يظهر الدين في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة
الولد في الحال ويشهد المسئلة التي هي هذه المسئلة لهذا المعنى قال
وان وطئ امة بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة اي لو اشترى المكاتب
امة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر
في حال الكتابة قبل العتق وكذلك العبد المأذون له في التجارة لان هذا من باب
التجارة فان التصرف يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا اخرى والكتابة والاذن
ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل بهما
فيظهر في حق المولى فيؤاخذان به في الحال قال ولو نكح اخذ به بعد
عتق اي لو تزوج المكاتب امرأة بغير اذن مولاه فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق
وكذلك المأذون له في التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا
ينتظمه الاذن بالتجارة ولا الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤخذ
به في الحال بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لان
الاذن بالتجارة او الكتابة يتناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا في حق
المولى وبخلاف ما اذا اشترى امة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر
في الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشتري لا يسلم
في كل من بل يجوز ان يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء
لما وجب وانما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان
التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال
الا ترى ان الجارية والهدية المستحقة لما كانت من توابع التجارة التحقت
بالتجارة حتى صار العبد مأذونا له فيها وتناولها الاذن بتناوله التجارة وان

كان

كانت هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة
النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الاذن
ولا عقد الكتابة فتأخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية
التزامه بهذا الطريق بغير اذن المولى فصل قال
وان ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها او عجزت وهي ام ولده
لانها لما ولدت من مولاها صارت ام ولده فتلقاها جهتا حرية عاجلة
ببدل وهي الكتابة واجلة بغير بدل وهي امومية الولد فتختار ايتهما
شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة
له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب
من المولى الا بتصديق المكاتب لانه لا ملك له حقيقة في مكاتبه وانما
له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية ابنه
حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له
ان يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له على ما
بيناه في النكاح فلا حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك اعتاق
اولادها لانهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها
واذا مضت على الكتابة اخذت عقرها من سيدها لكونها اخص
بنفسها واكسابها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها
مال الكتابة لانها انما التزمته لتدل الا لتسلم لها نفسها بمقابلته بجهة
الكتابة فاذا سلمت لها بجهة اخرى لم ترض بتسليمه له او لورثته مجانا ولا
يجب عليها وان ماتت وتركت مالا تؤدي كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها
لثبوت عتقها في اخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا
الولد لانه حر وان ولدت ولدا اخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة
لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم

يحرم على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت
بعد ذلك في ملكه يلزمه للعلوق بعد التحريم تثبت نسبه من غير دعوة الا اذا
نفاه صريحا كسائر اولاد امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني ومات من
غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى
بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها
قال —— وان كاتب امة ولده او مدبرته صح لان ملكه ثابت في كل واحدة منهما
وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة وعقد الكتابة يرد على
المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية
في المآل وام الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة
فيها فتملك ما يملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه ابتغاء
هذه المالكية لها بالبدل ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما عند
ابي حنيفة فجاز اخذ العوض عنه كالقصاص قال —— وعتقت مجانا
بموته اي عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة
لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم
التنافي بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا ويسلم لها الاولاد والاكساب
لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها المنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما
اذا اعتقها المولى في حال حياته ولكن ينفسخ الكتابة في حق نفسها وتبقى
في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر لها في بقاء الكتابة
ليتبعها اولادها في العتق ويسلم لها اكسابها فيجعل كانها عتقت بالاداء
في حق الاولاد والاكساب ولان دخول اولادها في الكتابة بطريق التبعية
فيعتقون بعتقها تبعا لها لان للتبع حكم المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق
الذي بينا وهو ان ينفسخ الكتابة في حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى
في حق غيره من الاحكام نظرا لها ولو ادت بدل الكتابة قبل موت المولى

عتقت

عتقت بالكتابة لبقائها وقت الاداء وبالاداء يتقرر ولا يبطل قال ——
وسعى المدبر في ثلثي قيمته او كل البدل بموته فقيرا اي لو مات
بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته
او جميع بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يسعى في
الاقل منهما وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة
فالخلاف في موضعين الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في
المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق
وعدم التجزي فعنده لما كان يتجزى بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة
فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية يد
معجلة فيتخير للتفاوت بين الامرين وفي التخيير فائدة لجواز ان يكون
اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر اداء لكونه حالا
فكان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق
ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان
لاجل الكتابة وقد بقي عليه اصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل
بطريق الوصية لان المدبر وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط
عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق
كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقي
عليه بدل الكتابة حالا او وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فيلزمه
اقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد
فصار نظير ما لو اعتق عبده على الف والفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار
بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابي حنيفة ان البدلين حال في مسئلة الخيار وهما
من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فائدة في التخيير وههنا
احدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا واما الكلام في المقدار فعندهما

لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة
صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل
ما بازائه من البدل الا ترى انه لو عتق كله بالتدبير بان كان يخرج من الثلث
سقط عنه كل البدل وكذا اذا عتق ثلثه به وجب ان يسقط ثلثه اعتبارا
للجزء بالكل ولهذا لو ادى كل البدل في حيوته لعتق كله ولو كان ثلثه
مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما
لو تقدمت الكتابة وتاخر التدبير ولهما ان المال قوبل بما يصح مقابلته به
وبما لا يصح فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امراته طلقتين ثم طلقها ثلثا
بالف لزم كل الالف كله مقابلا بما بقي وهي الطلقة وهذا لان موجب الكتابة
ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل يقابله ذلك لا يقابله ما هو ثابت له
والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة ولا يتصور استحقاقه بالكتابة
ليكون يقابله شيء من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه ضرورة ولذا
ثبت ان بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه للعبد
بموت المولى فلا يسقط شيء منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه
لان البدل هناك يقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيء من رقبته عند الكتابة
فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة
بقدره اما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير وبالتدبير الثلث قد
سقطت حتى لو اتلفه انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين وكان البدل بازاء
الثلثين ضرورة وليس هذا كما اذا ادى في حيوته لان استحقاق الثلث
قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا الا ترى ان ام الولد اذا كاتبها ثم مات سقط
عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة اخرى وكان نفسها كانت
سالمة لها بتلك الجهة ولو ادت البدل في حال حياته صح الاداء وعتقت
به لبطلان استحقاقها بالاداء في حال حيوته قال وان دبر مكاتبه

صح

صح لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت وهذا
لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال ان يموت المولى
قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا او يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى
له جهة الحرية متحصلة قال وان عجز بقي مدبرا لوجود
السبب الموجب له قال والا سعى في ثلثي قيمته او ثلثي البدل
بموته معسرا فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته وبين ان يسعى في الاقل
ثلثي بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يسعى في الاقل منهما
فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه اما
المقدار فهنا متفق عليه لان بدل الكتابة يقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيئا
من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط
حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم بالتدبير الثلث
فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا قال
وان اعتق مكاتبه عتق لان ملكه فيه قائم وهو الشرط لنفوذ العتق
وسقط بدل الكتابة لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه
وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا
والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي بالاجماع
وقد وجد من المولى بالاقدام على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه
بلا عوض وتسلم له اكسابه لان الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل
خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه نفعا محضا قال وان كاتبه
على الف مؤجل فصالحه على نصفه حالا صح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض
عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر
ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه
لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من

وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا ولا ربا ولأن عقد الكتابة عقد من
وجه دون وجه لأنه تعليق العتق بشرط الأداء أو لأنه شرع مع المنافي
إذ الأصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده إذ العبد وما في
يده لمولاه والأجل أيضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا تعتبر
بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا الأجل به
شبهة ولأن الصلح لما جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد
العقد على خمسمائة حالة قال — مات مريض كاتب عبده على ألفين
إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي
إلى أجله أو رد رقيقا معناه أن مريضا كاتب عبده على ألفين إلى سنة
وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فإنه يؤدي ثلثي الألفين
حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال
محمد يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا لأن له أن يترك
الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق
الأولى فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة وإن لم يكن له
مال آخر وصار كله مؤجلا لأن له أن يطلقها بدون المال وهذا لأن ما
زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يتملكه أصلا فإذا تملكه مؤجلا
لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري
عليه أحكام الأبدال من حق الأخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق
الحبس بالمسمى كله فيما إذا باع ما يساوي ألفا بألفين وحق الورثة متعلق
بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل
فكذا لا يتعلق بالبدل وأصله أن المريض إذا باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف
إلى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري

اما

إما أن تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك إلى أجله وإلا فانقض
البيع وعنده يقال له إما أن تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى
أجله وإلا فانقض البيع وحاصله أن المحاباة بالأجل تعتبر في جميع
الثمن وصية من الثلث عندهما لأن التأجيل تبرع من المريض من
حيث إن الوارث يصير ممنوعا بتصرف المتبرع وتبرع المريض يعتبر من
ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل أنه يثبت فيه أحكام
الأبدال وعنده الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر
في قدر القيمة من الثلث قال — وإن كاتبه على ألف إلى سنة
وقيمته ألفان ولم يجيزوا أدى ثلثي القيمة حالا أو رد رقيقا وهذا
بالإجماع لأن المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما
والفرق لمحمد بين هذه المسألة وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق
المريض في الأولى حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته فتأخيره
أولى لأنه أهون من الإسقاط وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته
فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لأن حق الورثة تعلق
بجميعه بخلاف الأولى قال — حر كاتب عن عبد بألف وأدى عتق
وإن قبل العبد فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول حر لمولى العبد
كاتب عبدك فلانا على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر
فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدى ألفا فإنه يعتق لأن عتقه
تعلق بأدائه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد وإجازته كما
إذا علق عتقه بشرط آخر وإذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا
لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله فصار إجازته في الانتهاء
كقبوله في الابتداء ولو قبله في الابتداء أو وكله به كان ينفذ فكذا إذا
أجازه ولو قال العبد لا أقبله فأدى عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز

عن المال بسبب التبرع كما يصير ممنوعا [illegible]

القدر

لان العقد ارتد برده ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لان الكفالة ببدل الكتابة
لا تجوز ولو لم يقل على اني ان اديت اليك فهو حر فادى لا يعتق قياسا
لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان
يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو ان يعتق عند اداء
المشروط موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا
للعقد بقدر الامكان وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب ولو ادى
الحر البدل عنه لا يرجع على العبد لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده
وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع باداء الثمن عن المشتري وقيل
يرجع على المولى ويسترد ما اداه ان اداه بضمان لان ضمانه كان باطلا لانه
ضمن غير الواجب الا ترى انه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع
بما ادى فههنا اولى وان اداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق
له فتم اداؤه هذا اذا ادى جميع بدل الكتابة كله وان ادى بعضه
فله ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو
العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كما اذا تبرع باداء الثمن في بيع موقوف
كان له ان يسترد من البائع لهذا المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد بنفسه
الكتابة ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد
حصل وهو براءة ذمة العبد بقدره من البدل وهنا لم يكن في ذمة العبد
شيء حتى يبرأ باداءه وكذا لو اداه قبل اجازة العبد العقد ثم اجازه ليس
له ان يرجع بما ادى سواء ادى البعض او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الكتابة اداء
بالاجازة تنفذ من الابتداء فيكون الاداء مبرئا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل
مقصوده الا ان الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساده قال وان كاتب
الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح اي كاتبهما المولى ومعنى المسألة ان يقول
العبد الحاضر لسيده كاتبني عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل
الحاضر

الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا والقياس ان لا يجوز الا عن
نفسه لولايته عليه ثم ان باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد
غيره فانه يجوز في عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره
لعدمها وجه الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل
الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا
كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة او المشترى فيها
او المضموم اليها في العقد تبعا لها حتى يعتقوا باداءها وليس عليهم
شيء من البدل ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر والمولى ينفرد
به في حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب
الحاضر بالف ثم قال اذا اديته الي ففلان حر فانه يصح من غير قبول
الغائب فكذا هذا واذا امكن جعل الغائب تبعا استغنى عن شرط
رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه
دون الغائب ولا يعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا يتوقف في
حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشيء منه لانه ليس عليه
دين الكتابة اصلا ولو اكتسب شيئا ليس للمولى ان ياخذه من يده
وليس له ان يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو ابراه المولى او وهبه
مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرا الحاضر او وهبه له عتقا
جميعا ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب
دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا
به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام شيء من البدل
بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل
في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها المشترى ولو اعتق الحاضر
لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ولو ادى الغائب

حصته حالا والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يسعى
على نجوم ابيه اذا مات على ما عرف في موضعه قال وأيّ
أدّى عتقا اي ايهما ادى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما
وهو اداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول اما اذا دفع الحاضر
فلان البدل عليه وهو اصل فيه واما اذا دفع الغائب فلانه ينال
به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لانه مضطر اليه كما اذا
ادى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه
كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فان المرتهن يجبر على القبول
لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين قال ولا يرجع
على صاحبه اي لا يرجع واحد منهما على الاخر بما ادى الى المولى من بدل
الكتابة واما الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره وان
عتق معه لانه تبع له كما اذا ادى المكاتب البدل وعنده اولاده
واباؤه فانه لا يرجع عليهم بشيء وان عتقوا معه لكونهم اتباعا واما
الغائب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر فيه من جهته بل
يطلب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن اذا ادى الدين لاستخلاص
عينه فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته قال ولا يؤخذ
الغائب بشيء اي لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لانه لا دين عليه اذ
لم يلتزم له شيئا وانما دخل في الكتابة تبعا فصار بمنزلة ولد المكاتب فانه
لا يطالب بشيء اذ ليس عليه دين ومع هذا لو ادى البدل يجبر المولى على
القبول قال وقبوله لغو اي قبول الغائب لغو لا يعتبر ولا
رده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك
قبوله ولا يعتبر رده كمن كفل بدين عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه
باطله ولا يعتبر حكمه حتى لو ادى عنه لا يرجع عليه قال

وان كاتبت

الامه

وان كانت عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح واي ادى لم يرجع
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسألة
الاولى لان هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الاحكام الا ان الام
اولى لان لها ولاية على ولدها فيكون دخول الولد في كتابتها
بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر والام ادى
يجبر المولى على القبول وقبول الاولاد الكتابة وردهم لا يعتبر
ولو اعتق الام بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال
بخلاف الولد المولود في الكتابة او المشترى حيث يعتق بعتقها
ويطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو اعتقهم سقط عنها حصتهم
وعليها الباقي على نجومها ولو اكتسبوا شيئا ليس للمولى ان يأخذه ولا
له ان يبيعهم ولو ابراهم عن الدين او وهبهم لا يصح ولها يصح فيعتق
ويعتقون بعتقها لما ذكرنا في مسألة الحاضر مع الغائب والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

قال عبد لهما اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب حظه بالف ويقبض بدل
الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هو مكاتب بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده وعندهما لا تتجزى
واصل الخلاف في الاعتاق هل يتجزى ام لا لان الكتابة تشعبة من تشعبات
في يفيد الحرية في الحال يدا وفي المآل رقبة فيقتصر على نصيبه عنده
وفائدة الاذن بالكتابة ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن وفائدة
اذنه بالقبض ان يسقط حقه فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه
بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب
فيصير المكاتب احق به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له
كله كرب الوديعة اذا اذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق

لو بقي المولى بعد علمه سبيل كذا هذا الاذن لهاذه قبل الادا فيصح
نصيبه لانه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لان الماذون نصف كسبه
له لا يعترض له فيه احد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذي
لم يكاتب لان نصيبه في عملون كسبه له فاذا اذن للمكاتب ان يصرف ما له
صح اذنه ويتم بالقضا دينه به فلهذا كان بالعوض للقابض وان عجز المكاتب
ولا يرجع الاذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع
عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده
دينا بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضا ثمن المبيع ثم استحق وهلك قبل
القبض وانفسخ البيع او تبرع بقضا مهر ثم حصلت الفرقة من جهتها
المتبرع حيث يرجع بالثمن والمهر لان ذمة البائع والمراة محل صالح
لوجوب دين المتبرع عليها فامكن الرجوع ولو كان الشريك الاذن بنا
وادى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان ادى من كسبه
قبله صح من الثلث لانه تعتق ما لك وفي الاول بالمنافع اذ لم يكن المال
موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع
المال بخلاف العتق وعندهما الكتابة لا يتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه
بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة
بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار
نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت
ان يفسخ بالاجماع قبل ان يودي بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه
بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج
نصيبه من يده ولا يودي الى ذلك وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط
حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو ادى بدل الكتابة عتق نصيبه
خاصة عند ابي حنيفة لان العتق يتجزى عنده وللساكت ان ياخذ من الذي

كاتب

اذنا بكتابة كله فاذا
كاتبه صار كله مكاتبا
كاتب نصيبه صح

كاتب نصف ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك
بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بالالف لم يرجع على المكاتب بشي مما اخذه
منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بالالف
رجع على المكاتب بما اخذه شريكه لان الكل كان بدل نصيبه فلم
يسلم له الا نصفه فيرجع به عليه وعندهما بالادا عتق كله ويرجع
الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو اعتقه
وله ان ياخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد مشترك
ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما اما
عنده فظاهر لان نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الاول
لان الكتابة تتجزى عنده فنفذ كتابة كل واحد منهما واما عندهما فلان
الساكت كان له ان يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه واتهما
قبض شيا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق
نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان
ادى اليهما معا فالولا لهما عندهم وان قدم احدهما صار كمن اعتقه احدهما
احدهما لعتق نصفه عند ابي حنيفة وبقي نصيب صاحبه مكاتبا
ولا ضمان ولا سعاية الا ان يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين
المعتق والاعتاق والاستسعا العبد ان كان المعتق موسرا وبين
الاستسعا والاعتاق ان كان معسرا وعند ابي يوسف يضمن المعتق
ان كان موسرا ويستسعي العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعند
محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الاعسار
يسعى في ذلك وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بادا نصيب احدهما اليه
ولعتق باعتاقه وابرائه وهبته نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون
حكمه كالمسئلة الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها

ويا ستيفا نصيبه لم يبرأ الا ان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه
به ولا يعتق حتى يؤدي الكل وخلفه طاهر قال لمه سهما
كاتباها فوطئها احدهما فولدت فادعاه ثم وطئها الاخر فولدت فادعاه
فعجزت فهي ام ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن
شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه واي دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما هي ام ولد للاول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف
قيمتها لشريكه عند ابي يوسف وعند محمد الاقل من نصف قيمتها ومن نصف
ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب ولد الاخير من الاخر ولا يكون الولد
له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في
تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى واستيلاد
القنة لا يتجزى بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزى بالاجماع فاذا عرفنا
هذا فنقول اذا ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها
وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه ام ولد له
ولم يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا على حاله وقالا يتملك
نصيب صاحبه وصارت كلها ام ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما
امكن الا ترى انه لو استولد امة مشتركة تصير كلها ام ولد للمستولد لامكان
التكميل بالتملك لكونها قابلة للنقل وقد امكن هنا لان الكتابة تحتمل
الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد فجعلناه وفسخنا
الكتابة في حق التملك وهي لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به
المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد
مدبرة مشتركة فانه لا يتملك ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها
اذ التدبير يمنع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا
لصحة الاستيلاد لانا نقول في انفساخها ضرر ببطلان حقها في الكتابة

والكتابة لا تفسخ فيما يتضرر به المكاتب ولابي حنيفة ان الاستيلاد د
بمنزلة الاعتاق فيتجزى اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين شريكين اذا
استولدها احدهما فانه يتجزأ ويقتصر الاستيلاد على نصيبه
والكتابة لازمة كالتدبير فلا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر
الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد اخر
وادعاه الاخر فقد ادعى نسب ولد امة نصفها ملك له فتصح
دعوته ويثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة
لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المقتضي للتكميل قائم
والمانع زال بزوال الكتابة وقد زال فيعمل المقتضي عمله من
وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع اذا اسقط الخيار يثبت
الملك له من وقت وجوده فيضمن للاخر نصف قيمتها لانه تملك نصيبه ط
لما كمل الاستيلاد ونصف عقرها وقيمة الولد والولد حر بالقيمة
لان الاخر بمنزلة المغرور لانه وطئها على ظن انها على حكم ملكه وظهر
بالعجز وبطلان الكتابة انه لا ملك له فيها وولد المغرور ثابت
النسب منه حر بالقيمة للمدعي ام ولد الغير فلزمه كمال العقر صح
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها
بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها وهذا
كله عند ابي حنيفة وعندهما هي ام ولد للاول تكميلا للاستيلاد لان
الكتابة تفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مر واذا صارت كلها ام
ولد له فوطئ الثاني صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا بالقيمة ويلزمه كل المهر لان الوطء في دار الاسلام
لا يخلو عن الضمان الجابر او الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة
فيجب العقر ثم قال ابو منصور الماتريدي اذا بقيت الكتابة عندهما

عندهما صارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت
فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوطه نصف بدل الكتابة والجمهور
على ابقاء مكاتبة له يكمل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما ورا
الضرورة وهو حكم التملك فيبقى الكل للاول كما كان والمكاتبة هي التي
تعطى العقر لاختصاصها بنفسها وبابدال منافعها ولو عجزت وردت
في الرق ترد الى الاول لظهور اختصاصه بها ثم قال ابو يوسف يضمن الاول
لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة موسرا كان او معسرا
لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد يضمن الاول من نصف قيمتها
ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار
العجز عن الادا وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار الادا والاقل متيقن فيجب
الاقل قال وان دبر الثاني ولم يطاها فعجزت بطل التدبير وهذا
بالاجماع اما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز
ظهر ان كلها ام ولد للاول وانه لم يكن له فيها ملك تام والملك شرط لصحة
التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب
واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا
لو اشترى امة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم
يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة فلما هنا وهي ام ولد للاول لانه
تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد لما مر قال وضمن لشريكه
نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قال ونصف
عقرها لانه وطي جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد مر
من قبل قال والولد للاول لان دعوته قد صحت على ما مر وهذا
كله بالاجماع قال وان كانت لهما فحررها احدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه
نصف قيمتها ورجع به عليها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع المعتق

عليها

عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا واصله ان
الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فتعتق كلها
للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان
موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمه
ضمان ما لزمه بفعله ومن اصل ابي حنيفة ان العتق يتجزأ فكان
اعتاق النصف كتابة ولا يؤثر الفساد في نصيب الساكت زيادة
على ما اوجبه الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده
يؤثر في جعل الباقي كالمكاتب وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان
الاعتاق مقررا لكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور
اثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر اثر العتق فيها وكان للساكت
الخيارات المذكورة في العتاق وهي ان كان المعتق موسرا فله ان يعتق
وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان
للمعتق ان يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق
معسرا كان له خيار العتق والاستسعاء على ما بينا في العتاق وعلى
هذا الخلاف لو دبر المكاتبة او استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد
ولا التدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزيان عنده فيقتصران على نصيبه
ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير والاستيلاد
لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان
نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فينفسخ في نصيبه
دون نصيب شريكه فاذا عجزت ظهر اثرهما فيضمن قيمتهما موسرا كان
او معسرا لانه ضمان تملك وعندهما لا يتجزيان فصار كلها ام ولد
له او مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تنفسخ في حق ما ينفعها ثم
تبقى مكاتبة على حالها اذ لا تنافي بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال

موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار
ويضمن العقر في الاستيلاد قال عبد بينهما دبره احدهما ثم حرره الاخر
للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره احدهما ثم دبره الاخر لا
يضمن المعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزا عنده
فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لانه يتجزا عنده لكن يفسد به نصيب
الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما عرف من
مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزا عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله
ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء ايضا كما هو
مذهبه واذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه
وهو مدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو
قن لان المنافع انواع البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والثابت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان
لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وضمن
الغاصب قيمته فانه لا يتملكه فكذا هذا وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر
الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره
احدهما فاعتاق الاخر باطل لانه لا يتجزا عندهما فيتملك نصيب صاحبه
بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف
بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما
اولا فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزا عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير
الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق
فيختلف باليسار والاعسار عندهما باب موت
المكاتب

المكاتب وعجزه وموت المولى قال مكاتب عجز عن نجم وله
مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلثة ايام نظرا للجانبين والثلثة
هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون
للقضاء فلا يزاد عليه قال والا عجزه وفسخها او سيده
برضاه يعني ان لم يكن له مال سيصل في ثلثة ايام فسخ القاضي الكتابة
او فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب
نجمان رد في الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد
ارفاق حتى كان اخر النجوم فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا
بد من امهال مدة واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولان الفسخ
للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بد من امهال مدة
فكان ما اتفقا عليه اولى ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها الى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب
المولى تعين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب
فسخه كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال
بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ
دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع ولانه لما مضى نجم ووجب
عليه حصته صار كانه كوتب على ذلك القدر حالا وقد يقال له اما ان تؤدي
المال حالا والا رددت في الرق فكذا هذا والمروي عن علي رضي الله عنه يفيد
اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشيء
بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من اصلنا والتاخير الى ثلثة ايام انما
كان لاجل امتناع موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدة
النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور على ان يكون

من باب الستعمل دون التاخير بطرالهما واظهارا للعذر اذ هي مده
ضربت لاظهار الاعذار كما في شرط الخيار وفي قصص الاخبار وامهال
للمريد وامهال المدعا عليه للدفع بعد الحكم عليه وامهال المديون للقضا فانه
اذا استمهل ثلثا امهل وبوليه عجزه وافسخها يعني الحاكم الحكم بالتعجيز
لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولانه عاجز فينفسخ
وبوليه او بسليه برضاه يعني وبفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابه
يقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر اولى وان لم يرض به العبد فلا
بد من القضا بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضا او الرضا كالرد
بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب
كما اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث
ابن عمر يدل على ذلك وهذا لان الكتابه لم يتصل المولى البدل فكان لم يقبض
لانه يقبضه مستبدلا به اذا فات غرضه كما يستبد المشتري بالفسخ
بالعيب قبل القبض ولنا ان العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا الفسخ
بعد القبض فلا بد من القضا او الرضا قال وعاد احكام الرق اي
اذا عجز عاد الى احكام الرق لان الكتابه قد انفسخت وفك الحجر كان
لاجل عقد الكتابه فلا يبقى بدون العقد قال وما في يده لسيده
لانه ظهر انه كسب عبده اذ هو كان موقوفا عليه او على المولى على تقدير
الادا كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد حصل العجز فكان له ولاه
قال وان مات وله مال لم ينفسخ وتودى كتابته من ماله وحكم
بعتقه في اخر حياته وكذا الحكم بعتق اولاده وما بقي من ماله فهو ميراث
لورثته وهو قول ابن مسعود وبه اخذ علماونا وقال زيد بن ثابت ينفسخ الكتابه
بموته ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه اخذ الشافعي رحمه الله له
ان العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالادا وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا

لانه

في فسخ الكتابة بالعجز

لانه لا يخلو اما ان يثبت العتق قبل الموت او بعده مقتصرا
او مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الادا والشي لا
يسبق شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه
لان العتق اثبات قوة المالكيه وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا
مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت
المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى يصلح ان يكون معتقا بعد
الموت والعبد لا يصلح معتقا بعله الى ترى ان المولى اذا قال انت
حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده انت حر بعد موتك لا يصح ولا الى
الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر اسناده لان الشي يثبت ثم
يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو
الادا فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته
فيعتق لكون الميت اهلا له على ما بينا انفا ولنا ان الكتابه عقد
معاوضه لا ينفسخ بموت احد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت
الاخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضيه المعاوضه المساواه بين
العاقدين فاذا جاز بقا العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولا وغيره
جاز ان يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحريه
بل اولى لان الذي يستحقه المولى بمقابلته ليس بلازم حتى لو عجز العبد
نفسه عن ادا البدل يبطل والذي يستحقه المكاتب قبل المولى لازم
حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك ولان الموت ابقى للمالكيه منه
للمملوكيه لان المملوكيه عباره عن العجز والمالكيه عباره عن القدره والموت
انفى للقدره منه للعجز فاذا بقي العقد مع اقوى المتنافيين فمع ادناهما
اولى الا ترى ان مملوكيه العبد باقيه بعد موته لحاجته وهي اشرف
حتى وجب الكفن على مولاه فلان تبقى هاهنا ايضا مملوكيته لحاجته وهي

اشرف بل أولى لما فيها من التعدي الى الاتباع والاولاد والامهات
ونقول للمكاتب يثبت له الكتابة ما التزمه في مكاسبه ولهذا يتمكن
من اداء الكتابة فيبقى ملك المالك بعد موته لان حاجته الى تحصيل
الحرية لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكر من الترديد قلنا انه يعتق
بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا
معتقا بعد موته ولهذا التقدير استحسانا في حق ما يحتاج اليه من اموال التجهيز
وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه وعند الجمهور انه يعتق في اخر جزء من اجزاء
حياته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه
ويكون اداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاسناد
يكون في الاحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل النائب مضاف الى المنوب
عنه وهذه الاضافة شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل ان
يصيبه ثم اصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والميت ليس باهل له
ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاصابة
الشرعية وهو ليس باهل له يثبت الملك من حين الامكان وهو اخر جزء من
اجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق
موقوف على الاداء والاداء جابر بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق لا يمكن
اثباته من حين الموت كالملك في تلك الحالة حكمنا بعتقه في اخر جزء من
اجزاء حياته واما بان يقام التركة الموجود منه في اخر جزء من اجزاء
حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه قال
وان ترك ولدا ولد في كتابته لا وفاء سعى في كتابته على نجومها واذا ادى حكم
بعتقه وعتق ابيه قبل موته لان الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه
فيخلفه في الاداء وصار اداؤه كادائه فيجعل كانه ترك وفاء الولد
وفي الكافي لو كاتب امته على انه بالخيار ثلاثا فولدت في مدة الخيار وكاتب

يسعى كتابته على نجومه

ويبقى

ويبقى الولد بقي خياره وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف وله
ان يجيزها واذا اجاز سعى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام
في اخر جزء من اجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند
محمد تبطل الكتابة ولا يصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم
مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد المكاتب وامه لم تصر مكاتبة بعد
ولهما ان في ابقاء العقد فائدة بان يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها
وينفذ العقد في حق الام سعاية في حق الولد ثم يستند الى وقت
الانعقاد قال ولو ترك ولدا مشترى عجل البدل والا رد رقيقا
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يؤدي على نجومه لانه مكاتب عليه فيسعى
على نجومه كالولد المولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه
ولا يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر اكساب المكاتب فانه لا
يملك اعتاقه ولابي حنيفة ان الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في
حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف
اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان
ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل واعطى من ساعته
صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه ما وجد بعد المكاتبة
فدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد
الكتابة من امراة له امة ينبغي ان يدخل في كتابته لانه من مائه بعد الكتابة
قال وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما ادى بدل
الكتابة حكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته فيتبعه ولده في ذلك الوقت
فيكونان حرين فيظهر انه مات حرا عن ابن حر قال وكذا لو كان
هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لعتق ابنه لانهما صارا كشخص واحد فاذا
حكم بعتق احدهما في وقت حكم بعتق الاخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد

العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك
ولدا او ولدا حرا او مولودا في الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ووصا
يه اولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم
والدنانير لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو
مات الحر قبل اداء الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من حقوق الكتابة ابنه
فلا يظهر الاستناد في حقه قال ـــ ولو ترك ولدا من حرة ودينا
وفاء بكتابته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي
الام فقد عجز والفرق ان القضا بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم
الكتابة لان من قضيته قيام الكتابة ان يكون موجب جنايته على موالي الام
لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند اداء الكتابة
فكانت جنايته عليهم واذا قضى بها القاضي عليهم كان القضا تقرير الكتابة
فيبقى الكتابة على حالها فاذا ادى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر
للابن ولاء في جانب الاب فيجر اليه ولاءه لان الولاء كالنسب والنسب لا
يثبت من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع
من اثباته منه بان اكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولاء
واما اذا كانت الخصومة في نفس الولاء فان القاضي يقضي بكون الولاء لموالي
الام اذ الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورته القضا بفسخ الكتابة لان
الولاء لا يكون من جانب الام الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر
بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن ان يثبت من جانبه بالاداء وفرق اخر
ان القضا بموجب الجناية على موالي الام لا يلزم منه القضا بفسخ الكتابة لانه
قد يقضى بموجب الجناية على غير من وجب عليه كالكفيل والقضا بالولاء
لموالي الام يتضمن القضا بفسخ الكتابة اذ لا يمكن ان يجمع عليه الولاءان

اذ لولم

اذ لو لم يكن فسخا لها يلزم الحكم بحريته اذا ادى بدل الكتابة فاذا
صار حرا في اخر جزء من اجزاء حياته استقل ولاء الولد اليه وانتقض القضا وهو
يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه
والحكم بالارث من الولد لموالي الام كالحكم بالولاء لهم حتى ينفسخ به الكتابة
ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فادى الكتابة
او عن ولد فاداها واما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة
قال الاسكاف ينفسخ حتى لو تطوع انسان باداء الكتابة عنه لا يقبل
منه وقال ابو الليث لا ينفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان
عنه قبل القضا بالفسخ جاز ويحكم بعتقه في اخر حياته قال ـــ وما
ادى المكاتب من الصدقات فعجز طاب لسيده لان الملك قد تبدل
وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى واليه اشار النبي صلى الله عليه
وسلم بقوله في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية قال ذلك حين اهدت
اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة اخذها يطيب ذلك
لوارثه الغني لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما اخذه من
الزكاة حالة الفقر وكذا ابن السبيل اذا اخذ الصدقة ثم وصل الى ماله
وفي يده الصدقة حل له لان المحرم على الغني ابتداء الاخذ لما فيه من الذل
فلا يرخص له من غير ضرورة فاذا اخذه في حالة الفقر فبعد ذلك ليس الا
الاستدامة فيطيب له ولو اباح الفقير للغني او الهاشمي عين ما اخذ
من الزكاة لا يحل له لان الملك لم يتبدل ونظيره المشتري اذا اشترى شراء
فاسدا لا يطيب له الاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى
المولى يطيب للمولى عند محمد بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز ملك
المولى ما في يده ملكا مبتدأ حتى يستبرئ الجارية وعند ابي يوسف لا يطيب
لانه اذا عجز لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له فيه نوع ملك

فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا ينقض إجارة المكاتب عند
بالعجز كما في العبد المأذون له إذا حجر عليه والصحيح أنه يطيب بالإجماع
لما ذكرنا أن المحرم هو ابتداء الأخذ وإنما أبيح للحاجة وحرم على الغني لأنه
لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم
عن أوساخ الناس ولم يوجد من المولى الأخذ فصار كابن السبيل وصل إلى
ماله أو فقير استغنى وفي يده ما أخذه من الصدقة فإنه يطيب له على ما ذكرنا
فلهذا قال — وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها أي بالجناية
فعجز دفع أو فدى يعني المولى بالخيار إن شاء دفع العبد بالجناية وإن شاء فداه بالأرش
لأنه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لأنه لم يصر مختارا للفداء بالكتابة
من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختارا فيجب عليه الأقل
في قيمته ومن الأرش كما إذا أعتقه أو دبره أو استولد الجارية أو باعه بعد
ما جنى من غير علم بالجناية إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل
حق ولي الجناية من العبد إلى القيمة فإذا عجز زال المانع فيتخير بين الدفع والفداء
على القاعدة قال — وكذا إن جنى مكاتب ولم يقض به حتى عجز يعني حكمه كالأول
لأنه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيها المولى بين الدفع والفداء على ما عرف
في موضعه وقبل أن يعجز يجب عليه الأقل من قيمته ومن الأرش لأن دفعه
متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بمكاسبه من المولى وموجب الجناية
عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب ألا ترى أن جناية المدبر وأم
الولد يوجب على المولى الأقل من قيمته ومن الأرش لما أنه أحق بكسبهما
قال — فإن قضي به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه أي إن قضي بموجب
الجناية على الجاني في حال كتابته وهو الأقل من قيمته ومن الأرش فهو دين عليه
يباع فيه لأن الحق انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة
وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف أولا لأن المانع

الدفع

من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة
ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا أن الأصل في جناية العبد
الدفع وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال
انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو بالصلح
عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب إذا أبق لا يجب عليه
القيمة إلا بالقضاء حتى لو رجع قبل القضاء يكون لمولاه وإن رجع بعد
القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع إذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع إلا
بالقضاء وكذا إذا قتل لأن القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع إذا رضي
المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لأنهما لا يقبلان الفسخ قال —
وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة لأنها حق العبد فلا يبطل بموت السيد
كالتدبير وأمومية الولد وكالأجل في الدين إذا مات الطالب قال —
ويؤدي المال إلى ورثته على نجومه لأن النجوم حقه لأنه أجل وهو حق المطلوب
فلا يبطل بموت الطالب كالأجل في الدين بخلاف ما إذا مات المطلوب حيث
يبطل الأجل لأن ذمته قد خربت وانتقل الدين إلى التركة وهي عين هذا
إذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح التأجيل إلا من الثلث
وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل قال — وإن حرروه عتق أي
لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لأنهم لم يملكوه لأن المكاتب
لا يقبل النقل بسائر الأسباب فكذا بالإرث ولهذا لا يكون الولاء لهم
الولاء فيه ولو ملكوه لكان لهم وجه الاستحسان أن هذا يجعل إبراء عن
بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث فيكون الإعتاق منهم إبراء
اقتضاء أو إقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته لأنه لم يبق عليه دين فيعتق
لبراءة ذمته كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن يعتقوه في
مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس وأعتقه الآخرون في مجلس

حرروه

اخرجه بعتق وقبل العتق لذا اعتقه الباقون جاز لم يرجع الاول قال
وان حرره بعض لم ينفذ عتقه اي لو اعتقه بعض الورثة لا يعتق منه
شيء لانه لم يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن ادم ولا يمكن ان يجعل ابراء ولا اقرارا
بالاستيفاء لان ابراء البعض او استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق
من جهته فيبطل المقتضي وهو الاعتاق ولا ابراء من الدين ايضا لان البراءة
لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضي ابطل المقتضى ايضا لانه لم يثبت
الا به وبطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى بخلاف اعتاق الكل لانه امكن
ان يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابراء عن جميع البدل والاقرار
بالاستيفاء الكل الا ترى انه لو ابرؤوه جميعا او اقروا بالاستيفاء عتق ولو ابراه
بعضهم او اقر باستيفاء نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير امرهم
لا يعتق الا اذا اجازوا قبضه او قبضه بامرهم لانه اذا قبضه بغير امرهم
لم يبرا عن نصيب غير القابض ولهذا لهم ان يطالبوا المكاتب به ولو كان للمولى
وصي وعليه دين مستغرق او لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا
يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سواء كان عليه دين او لم يكن ويعتق بقبض
الغريم ولو اوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه اوصل
الحق الى مستحقه

كتاب الولاء

قال هو من
الولي بمعنى القرب وهي قرابة حكمية حاصلة من العتق ومن الموالاة
هذا في اللغة يقال ولي الشيء الشيء اذا حصل الثاني بعد الاول من غير
فصل ومنه قوله عليه السلام ليليني منكم اولو الاحلام والنهى وقال في النهاية
سمي ولاء العتاقة والموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند
وجود شرطه من غير فصل او من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح
وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة
وهو في الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة ومن اثار

التناصر

التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند
الجمهور لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق والاصح ان سببه العتق على
ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة قد
دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فيعتق عليه
كان مولى له ولا اعتاق من جهته والميراث لا ينافي ان يكون العتق على
الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه
به خرج مخرج الغالب قال الولاء لمن اعتق ولو بتدبير وكتابة
واستيلاد وملك قريب لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولان الرقيق
هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحياء
نحو القضاء والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق ق
احياء له فيكون الحكم للاحياء له كالاحياء بالايلاد فيرث به كما يرث الاب
من ولده ولهذا سمي ولاء نعمة لانه انعم عليه حيث احياه حكما قال الله تعالى
واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالهدى وانعمت
بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب ان يرثه لان الغنم بالغرم والمرأة في هذا
كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن
الحديث وروي ان ابنة حمزة اعتقت عبدا لها ومات عن بنت فجعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الاخر لبنت حمزة ولانها
احيته حكما فترثه كالرجل ولو اعتق في دار الحرب وخلاه لا ولاء له عليه
حتى لو دخلا الينا مسلمين لا يرثه وعند ابي يوسف يثبت له الولاء ويرثه
ذكره في الكافي ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى
فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا انه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى
بعتقه او بشرائه واعتقه الوصي بعد موته لانتقال فعل الوصي اليه
وكذا العتق بالمدبرة وامهات الاولاد بعد موته ويكون ولاؤهم له قال

وشرط السائبة لغو اي لو اعتق المولى عبده وشرط الا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فبرثه كما في النسب اذا شرط انه لا يرث قال ولو اعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الام ابدا لان الجنين عتق بعتق امه وعتقت به مقصودا فكذا هو لعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى وقع الاعتاق على جميع اجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة اشهر من وقت العتق ليتيقنا وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر منه وبينهما اقل من ستة اشهر لانا تيقنا ان الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا انهما توأمان حملتهما حملا لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الاخر الاعتاق ايضا ضرورة فصار معتقا لها والولاء لا ينتقل من المعتق فان ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لمولى الام لان الولد جزءها يتبعها في الصفات الشرعية الا ترى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه قال فان عتق العبد وهو الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما ينسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا عتق الاب امكن نسبته اليه فجعله تبعا له اولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى الاباء فكذا الولاء فينتقل الى موالي الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة وان كانت معتدة فجاءت بالولد لاكثر من سنتين اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب

الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبه العلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصار مقصودا بالاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل في جر الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوه جر الولاء وما روي ان الزبير ابصر فتية لعسا تحت خيبر فاعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل ابيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة وان عتق الاب بعد ذلك جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا يتصور ان يحول الانسان ولدا لشخص في وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولدا لغيره وبالاكذاب تبين ذلك وتبين ان عقله كان على قوم ابيه وقد اجبر قوم الام على الاداء فيرجعون عليهم به وفي الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصرا عليه فلا يرجعون به قال وعجمي تزوج معتقة فولدت فولاء

ولدها لمواليها وان كان له ولاء الموالاة اي وان كان للاب ولاء
المعاقة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ـــ ابو يوسف
حكم الولد حكم ابيه في الوجهين يعني فيما اذا والى احدا او لم يوالي لا
يكون ولاء الولد لموالي الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت
الام اشرف لكونه اقوى فكذا الولاء وهذا لان الاب حرّ له عشيرة
وموال فلم ينسب الى امه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك
فينسب الى قوم امه حتى يعتق العبد فصار كمن لا اب له وكذا اذا
تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم ابيه دون قوم
امه وكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية او معتقة وعربي
تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمي لانه كالعربي
في تحرير الاصل ولهما ان ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى
اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه السلام موالي القوم منهم والنسب في
حق العجمي ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيما
بينهم اذ لا يفتخرون به اصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا
وبعده بالدين والى هذا اشار سيدنا سلمان الفارسي حين قيل له سلمان بن من — اشار صح
قال سلمان بن الاسلام واذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده
كعدمه كالعبد وكذا ان كان للاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف
لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه ولذا حريتهم ضعيفة
الا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا
وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج
العجمي لعربية لان اولاده منها لو نسبوا الى قوم ابيهم لنسبوا اليهم بالنسب
والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر الا ترى انهم لا ينسبون
اليهم ولا عصوبة بينهم واولاد المعتقة ينسبون الى قوم ابيهم وهم عصبتهم

م القدوري

م القدوري وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في
مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لان ولاء
العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين ان يكون المعتق من العرب
او من غيرهم فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى المعتق ما لم
يكن ابوهم عربيا على ما قلنا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا
الولد وترك عمه او غيرها من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبة
معتقها كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابي يوسف
يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء اذا كان
الاب عربيا واجمعوا على انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا
والام مولى موالاة او كان الاب عربيا قال ـــ والمعتق مقدم على
ذوي الارحام مؤخر عن العصبة النسبية وكذا هنا يتقدم على الرد
على ذوي السهام وهو اخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه
اخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول انه مؤخر
عن ذوي الارحام لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في
كتاب الله وقال عليه السلام للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا
كنت انت عصبته شرط لارثه الا يدع وارثا وذووا الارحام من
جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث فيوجب
تأخيره عن الكل ولنا قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب
يدل على ذلك لانه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم
عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة
انه عليه السلام جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها
حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم
بذلك ان المراد بقوله عليه السلام ولم يدع وارثا وارث عصبة لقطعه

والام معتقة كان الولاء لمعتق الاب وكذا اذا كانا عربيين او عجميين او كان احدهما عربيا والآخر عجميا صح

هو؟

العصبة في قوله عليه السلام كسبه ثبت عصبته يدل عليه لان العصبة
هو الذي ياخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال وولا
العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان موخرا فلا
يرد علينا ما ذكر من الايراد من حيث المزاحمة للوارث على انا لا نسلم
ان النسبية توجب للتاخير او التقديم بل تثبت لها ثلث بينهما ليس الا
وكان الاقرب ان يشاركه في الارث لان الحالة توجد والا فليس يمثل له
لكن اخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من يتقدم
عليه العصبة ويتاخر عمن يتاخر عنه العصبة وقال فان مات المولى
ثم المعتق بعد ذلك فميراثه لاقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء الا ما
اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ليس للنساء من الولاء شيء الا ما اعتقن او اعتق
من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جر
ولاء معتقهن او معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة
للمعتق حصل من جهتها فكانت محيية له فينسب المعتق بالولاء اليها
وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذي اعتقته وينسب اليها من ينسب
الى معتق معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها الاولاد
وانما ينسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمرأة مملوكة نكاحا
فلا يكون لها ذلك والنسبة في النكاح بالفراش والملك وهي لا تساوي الرجل
فيه وفي ولاء العتاقة النسبة بسبب ثبات القوة الحكمية للمعتق وهي
تساوي الرجل فيه لانها تساويه في ملك المال فينسب اليها كما ينسب الى
الرجل فلهذا جعلت عصبة به كالرجل ثم استثنينا الولاء للنساء فيما
اعتقن لما ذكرنا من المعقول والمنقول ونفيناه عنهن فيما اعتقه

عنهن

عنهن حتى لا يرثن الولاء بجر عتقه بموتهن لان الولاء لا يجري
مجرى الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق
منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث الا ترى ان النساء
لا يدخلن في العاقلة لتحمل الدية كما تتحمل الرجال لعدم النصرة منهن
فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يعدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق
فيقوم مقامه فلا ارث حتى لو ترك ابا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن
ولو ترك جد مولاه واخا مولاه فان الولاء للجد لانه اقرب في العصوبة في
الاول خلافا لابي يوسف فانه يعطي للاب السدس والباقي للابن وفي الثاني
خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد والمسالة معروفة وهذا الولاء
لان المعتقة دون ابنها وعقل جنايتها على اخيها لانه من قوم ابيها
وجناية معتقها كجنايتها فيكون عليهم وروي ان علي بن ابي طالب والزبير
ابن العوام اختصما الى عثمان رضي الله عنه في معتق صفية بنت عبد المطلب
حين مات فقال هو مولى عمتي فانا احق بارثه لاني اعقل عنها وعنه وقال
الزبير هو مولى امي فانا ارثها فلا ارث معتقها فقضى عثمان بالولاء
للزبير وبالعقل على علي ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه فان الولاء
للابن دون ابن الابن لما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر و علي
وابن مسعود انهم قالوا الولاء للكبر اي للاكبر اولا حال المعتق والمراد اقربهم
نسبا لا اكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شيء
لبنت المعتق في ظاهر رواية اصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا
كانوا يفتون بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى
الميت فكانت اولى من بيت المال الا ترى انها لو كانت نحو داية يستحقه
وليس في زماننا بيت المال ولو دفع الى السلطان والى القاضي لا يصرفه
الى المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فضل عن فرض احد الزوجين يرد عليه

لانه اقرب الناس اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت من
الرضاع تصرف اليهما اذا لم يكن هناك اقرب منهما ذكر هذه المسايل
في النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد اسباب الارث

فصل قال واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان
يرثه ويعقل عنه او على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وارثه له
ان لم يكن له وارث وهو اخر ذوي الارحام وقال الشافعي لا اعتبار
بهذا الولاء اصلا لقوله تعالى واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ولقوله
عليه السلام لا حلف في الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح
في حق وارث اخر وقال ليث بن سعد من اسلم على يد رجل كان ولاؤه له
لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو اولى
الناس بحياته ومماته من غير فصل بين ان يوجد منه موالاة اخرى او لم يوجد
منه موالاة وقال يحيى بن سعيد اذا جاء رجل من ارض العدو فاسلم على يد
رجل فان ولاءه لمن والاه ومن اسلم من اهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين
عامة لان الذمي سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم ولا كذلك الطالب
كالمعتق ولنا اطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن اهل التفسير
وما رواه ليث محمول على ما اذا احدثوا عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا
بينه وبين الاية وبين اقوال الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعلي
وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلاف
ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شاء
اذ ليس فيه ابطال حق احد بعينه وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق
وانما يوضع فيه مال ضايع ليصرف فيه الامام ولكن لصاحبه ان يصرف
فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه اولى من

تصرف

تصرف الامام كما في حال حضرته وقولهم ان الاية منسوخة بقوله تعالى
واولو الارحام بعضهم اولى ببعض قلنا الذي ورد لها
منسوخة في حق التقدم فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على اولي الار حام
فنسخ ذلك التقدم وفي الاية اشارة اليه حيث قال اولى ببعض ولو ثم
اولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمه الا يرى ان الاولوية توجد
في كثير من الورثة لاسيما في العصبة ثم عند عدم من هو اولى لا يوجب
سقوط الاخر وما تمسكوا به من قوله عليه السلام لا حلف في الاسلام
والمراد به الحلف الذي كانوا يتعاقدون عليه في الجاهلية من قولهم هدمي
هدمك ودمي دمك ترثني وارثك وكان في ذلك التناصر على الحق والبا طل
والتعاقد بالارث على الترتيب فحظر الاسلام التناصر على الباطل واوجب
التعاون على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة
هذه الموالاة ان يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك
فلابد من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه
ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه
ان يكون مجهول النسب وان لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة
قد عقل عنه وان يكون مجهول النسب حرا بالغا عاقلا وحكمه ان يثبت
له الارث اذا مات وان يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه اولاده الصغار
ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير او مع العبد لا يجوز الا
باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط ان يكون مجهول النسب ويشترط
ان لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبايل فاغنى عن الموالاة
وكونه اسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد **قال** وله ان ينتقل
عنه الى غيره بمحضر من الاخر ما لم يعقل عنه لان العقد غير لازم كالوصية
والوكالة فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الاخر غايبا

لا يملك فسخه وان كان غير لازم لان العقد قائم بهما كما في الشركة والمضاربة
والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فياخذ الاعلى ماله ميراثا
فيكون مضمونا عليه او يعتق الاسفل عبدا على حسبان ان عقل عبده على
المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك ولا يصح الفسخ الا بمحضر
من الاخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول
حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة
والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذا ثبت من شخص
ينافي ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة والمراة في هذا كالرجل لانها من اهل التصرف
وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له ان يتحول الى
غيره لتاكده بتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء
به ولان ولاية التحول قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع من جهته
تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة
وكذا لا يتحول ولده بعدما تحمل الجناية عن ابيه وكذا اذا عقل عن ولده
لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء قال
وليس للمعتق ان يوالي احدا لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لسببه لا
يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق ولا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا ينفك
الارث بولاء العتاقة يتقدم على الارث بولاء الموالاة الا ترى ان شخصا لو مات
وترك مولى اعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق قال ولو والت
امراة فولدت تبعها فيه يعني ولدت ولدا لا يعرف له اب وكذا لو اقرت
انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له اب صح اقرارها على نفسها ويتبعها
ولدها ويصيران جميعا مولى فلان وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يتبعها ولدها قالا
في الصورتين لان الام لا ولاية لها في ماله فلا يكون لها في نفسه اولى ولابي حنيفة
ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدر له اب فيملكه الام

كقبول

كقبول الهبة ولو اقر رجل انه معتق فلان وكذبه المقر له في الولاء
اصلا او قال لا بل واليتني فاقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند ابي حنيفة
وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كان لم يوجد
فله ان يتحول الى غيره وله انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل
برد المقر له كمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته ثم ادعى الشاهد
انه ولده لا يصح فكذا هذا

كتاب الاكراه

قال هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا وقيل الاكراه
فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى
الفعل الذي طلب منه وهذا في الشرع وهو في اللغة حمل المكره
على امر يكرهه يقال اكرهته على كذا اي حملته عليه وهو كاره وشرطه طه
ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدده به وان يغلب على ظن المكره
ان يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل به اتلاف ان ينتقل الفعل
الى المكره فيما يصلح ان يكون المكره آلة للمكره فيجعل كانه فعله بنفسه
على ما يجيء تفاصيله والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو
ان يكرهه بما يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه فانه يعدم الرضا ويوجب
الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو ان يكرهه بما لا يخاف على
نفسه ولا على تلف عضو من اعضائه كالاكراه بالضرب الشديد والقيد او
الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع
من الاكراه لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضا حتى لا ينعقد وكذا مع
هذا الاكراه لانه يعدم به الرضا والاول يؤثر في الكل فيضاف فعله ٥
الى المكره فيصير كانه فعله والمكره آلة له فيما يصلح ان يكون آلة له ٧
كالاتلاف للنفس والمال وان لم يصلح ان يكون آلة له كالاتلاف للنفس والمال ٧
وان لم يصلح ان يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كانه فعله ٧

باختياره من غير إكراه أحد وذلك مثل الأقوال والأكل لأن
الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا إلى
غير المتكلم والآكل إلا إذا كان فيه إتلاف فمضافا إليه من حيث
الإتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى إذا أكرهه على العتق نفع كأنه
أوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف إلى المكره من حيث
الإتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو أكرهه على الطلاق يقع ويرجع
عليه إن كان فيه إتلاف بأن كان قبل الدخول ولو أكره المرأة على قبول
الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها لعدم الرضا لأن الرضا
في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم أن الإكراه لا ينافي
أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لأن المكره مبتلى
والابتلاء يحقق الخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض
وحظر وإباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر أخرى كسائر أفعال
المكلفين ففي حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس ووطء فرج الغير
والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ويثاب عليه إن امتنع ويباح
له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به إجراء كلمة الكفر
في ملك الكاله(؟) وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الإحرام
وهذا دليل على أنه مخاطب قال وشرط قدرة المكره على تحقيق
ما هدد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به لأن الإكراه
اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع
بقاء أهليته وذلك لا يتحقق إلا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك
لأنه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعا
وبدونهما لا يصير ملجأ ولا يثبت به حكمه وما روي عن أبي حنيفة من أن
الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه

من أن

من أن القدرة والمنعة لم يكن في ذلك العصر إلا للسلطان فأجاب
على ما شاهد وفي زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك
لفساد الزمان فأفتيا على ما شاهدا وبه نفتي لأنه ليس فيه اختلاف
يظهر في حق الحجة قال فلو أكره على بيع أو شرى أو إقرار
أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن
يمضي البيع أو يفسخ لأن الإكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا
والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة
عن تراض فيفسد عند فوات الرضا بخلاف ما إذا أكره بحبس يوم
أو قيد يوم أو ضرب سوط لأنه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم
الرضا وهو شرط لثبوت حكم الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب
منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فلو عن مثلها مثله لأن ضرره
أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا وكذا الإقرار
جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق فيرتفع الضرر عن
نفسه وقد ما يكون من الحبس أكثرها ما يجيء به الاغتمام للبس وضرر
الضرب ما يجد منه الألم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه
ولا ينقص منه لأن نصب المقادير بالرأي ممتنع بل يجوز ذلك مفوضا إلى
رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتضرر إلا
بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء
والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك أذنه لا سيما في ملأ من
الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الإكراه بمثله لأن فيه
هوانا وذلك أعظم من الألم والإكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لا
يعد إكراها لأنه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه
قال ويثبت به الملك عند القبض للفساد أي يثبت بالبيع

على جانب الكذب وعند [illegible]
[illegible] يترجح جانب الصدق

أو البشراء أكرهها الملك للمشتري لكونه فاسدًا كسائر البياعات الفاسدة
وقال زفر لا يثبت به الملك لأنه بيع موقوف وليس بفاسد ألا ترى أنه لو
أجاز بعد زوال الإكراه جاز ولو كان فاسدًا لما جاز لأن الفاسد لا يجوز
بالإجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك
بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشتري فإنه لا يملك بالقبض
ولنا أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافًا إلى
محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي وفوات الشرط يؤثر في فساد
العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شرط لجواز البيع وفواتها
يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فإن شرط الخيار
يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل
وجود الشرط أو نقول لما وجد أصل البيع في محله لم يعدم ذلك بالكره
فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق إلا أن الشرع شرط للحل شرطًا زائدًا وهو
التراضي وبها ما عن التجارة بدونه فكان النهي لهذا المعنى في غير ما يتم به
المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدًا لعدم شرط
الجواز الزائد شرعًا فلهذا لم يتوا الفرق بين هذا النهي وبين النهي
عن بيع الربا إلا أن ما يتعلق به الحرمة هناك اتصل بالمبيع وصفًا وفي
مسلمًا اتصل بالعاقد وهذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق الرد بالوصف
فيكون مشروعًا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فلذا
هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفًا لا يمكن نقضه كالإعتاق والتدبير
جاز تصرفه فيه وإنما نفذ بالإجازة لأن المفسد يرتفع بها وهو عدم
التراضي فصار كسائر البياعات الفاسدة إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد
المبيع وإن تداولته الأيدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد
فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته

[illegible]

بالدين

بالدين أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأول لحق الثاني
ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الإمام ظهير الد ين
والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الإسلام
وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين
لك علي على أني متى قضيت فهو لي فجعلوه فاسدًا باعتبار شرط الفسخ الدين ح
عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض
بيع المشتري كبيع المكره لأن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه
حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنًا منهم السيد
الإمام أبو شجاع وعلي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي قالوا
لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لأنه هو الذي يؤخذ
عند قضاء الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ حتى جعلت
الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع
عند ضرب الأجل سلمًا فإذا كان رهنًا لا يملكه ولا ينتفع به وأي شيء
أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع
لا يلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون ولو انتفع به ويسقط
الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من
جعله بيعًا جائزًا مفيدًا بعض أحكامه منهم الإمام نجم الدين النسفي
فقال اتفق مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعًا جائزًا مفيدًا بعض الأ حكام
وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس إليه ولتعاملهم
فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك وقال
صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلًا اعتبارًا
بالهازل وقال في الكافي وهو الصحيح أن العقد الذي جرى بينهما
إن كان بلفظ البيع لا يكون رهنًا ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع

فسد البيع وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط
الوفا أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم
فكذلك وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه
المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفا بالميعاد لأن المواعيد قد تكون لازمة
قال عليه السلام العدة دين فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس
الله وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته أن يقول البائع
للمشتري بعت منك هذا العين بألف على أني لو دفعت إليك ثمنك
تدفع العين إلي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفا ويمكن أن يكون هذا الاختلاف على
الاختلاف الذي ذكره وتفسيره به دليل على أنه مثل الأول
وهذا البيع موجود في المصر يتعاملونه وهم يسمونه بيع الأمانة
قال وإن قبض الثمن طوعا فقد أجاز كالتسليم طائعا أي لو أكره على
البيع وقبض الثمن طوعا كان إجازة كما إذا سلم المبيع طائعا لأن القبض
أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما إذا أكره
على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون إجازة وإن سلم طوعا لأن
مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق
في البيع يتعلق بنفس البيع فلم يكن الإكراه به إكراها بالتسليم فيكون
القبض عن اختيار دليل الإجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض
لا بمجرد الهبة فيكون الإكراه عليها إكراها بالتسليم نظرا إلى مقصود
المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وإزالة الملك ليتصرف
به المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لأن البيع وضع لإفادة الملك في
الأصل وإن كان في الإكراه لا يفيده لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك
قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعده سواء كانت صحيحة أو فاسدة
فينصرف الإكراه في كل واحد منهما إلى ما يستحق به منه في أصل وضعه

وان

بالبيع

بيع الوفا

التسليم صح

وان قبضه مكرها فليس ذلك بإجازة وعليه رد الثمن إن كان
قائما في يده لفساد العقد بالإكراه وإن كان هالكا لا يؤخذ منه
شيئا لأن الثمن كان أمانة في يد المكره لأنه أخذه بإذن المشتري لا
على سبيل التمليك فلا يجب عليه الضمان قال وإن هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع
لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال
وللمكره أن يضمن المكره لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف وإن لم
يكن آلة في حق التكلم لعدم الصلاحية لأن التكلم بلسان الغير لا
يمكن فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء
كالغاصب وغاصب الغاصب لأن المكره كالغاصب والمشتري
كغاصب الغاصب فإن ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة
لأنه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون كأنه ملكه من
وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك
المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب
إذا ضمن ولأنه ملكه بالشراء والقبض لأنه اشتراه وهو مستحق حقيقة
من كل وجه غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ
فإذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة ولو كان
المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ
الكل بتضمين الأول وأيا كان الضمين من سائر المشترين فإنه يضمنه
ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله وما بعده ويأخذ هو
الثمن من المشتري الأول لأن البيع كان موجودا والمانع من النفوذ
حقه وقد زال بالإجازة فصار كالراهن أو الآجر إذا باع
الرهن أو العين المستأجرة فإنه يتوقف لأجل حق المرتهن والمستأجر

صح

فاذا اجاز نفذ لتعذر البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه الا
لا ان يكون مملكا باجازته واما اذا اضمنه فانه لم يسقط حقه لان
اخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون
اخذ الثمن كاسترداد المبيع بل اجازة فافترقا وبخلاف ما اذا اجاز
المالك احد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي اجازه
المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع ملك
غيره فلا ينفذ الملك للمشتري منه فعند الاجازة ملكه من حين
شرائه ويبطل البيع الذي بعده لورود ملك بات على ملك موقوف قال
وعلى اكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر لضرب او قيد لم يحل
وحل بقتل وقطع اي لو اكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه
او على عضوه كالضرب لا يسعه ان يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك
لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة
على اصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة
الضرورة والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تكلم
بالحاصل بعد الثنيا فظهر ان الحكم مخصوص بحالة الاختيار وفي
حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجي وهو ان يخاف
على نفسه او على عضو من اعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك
بضرب بالسوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح
له وقدره بعضهم بادنى الحد وهو اربعون سوطا فان هدده به وسعه
وان هدده باقل من ذلك لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق
التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فانه
قد ما يكون متلفا قلنا لا وجه للتقدير بالراي واحوال الناس
مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بالادنى
منه

منه فلا طريق سوى الرجوع الى راي المبتلى به فان غلب على
ظنه ان تلف النفس او العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا
قال واثم بصبره اي اذا امتنع من الاكل وصبر حتى تلف
اثم لانها في هذه الحالة مباحة على ما بينا واهلاك النفس
او العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم الا انه اذا لم يعلم
الاباحة في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخل فيه
اختلاف العلماء وقصد في زعمه التحرز عن المعصية فكان
معذورا فلا يأثم كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب
في حق من اسلم فيها وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يأثم مطلقا لانه
رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة
الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما في تلك
الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف ان
الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة
اي يعامل معاملة المباح لا ان يكون مباحا حقيقة ولهذا قيل الجناية
في الرخصة موجودة وانما انتفى العقوبة فقط كالعفو بعد
الجناية فانه لا يعدم الجناية وانما يسقط المؤاخذة فقط وعلى هذا
الخلاف لو صبر في حالة المخمصة قال وعلى الكفر واتلاف
مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص اي لو اكره على هذه الكفر
واتلاف مال انسان بشيء يخاف على نفسه او على اعضائه كالقتل
وقطع الاطراف يرخص له اجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه
مطمئن بالايمان لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
وحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به انه عليه السلام قال له كيف وجدت
قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد اي عد الى الطمانينة

وقد تركنا الاداء ولان بهذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان لان
التلفظ به في هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق
به حقيقة فلا يكون تفويتا لحق الله تعالى في المعنى فيرخص اجرا   له صح
كنفسه او طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس الا ترى ان
المضطر لا يرخص له قتل النفس لما كل منه ولا قطع عضو ولذلك
ما يثبت حرمته يرخص له عند الاكراه الكامل وهو الملجئ وذلك
مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام
لان حرمة الكفر لا يحتمل السقوط فلا يتصور الاباحة فيه اصلا
وغيره وان احتمله عقلا لكن لم يوجد سمعا فالتحق بما لا يحتمل
السقوط فيثبت بالاكراه الملجئ رخصة لا اباحة مطلقة ولا يثبت
بغير الملجئ كالضرب والحبس لانه ليس بملجئ ولهذا لا يكون الاكراه في
شرب الخمر فكيف يكون الاكراه في الكفر وهو اعظم قال وثواب
الصبر اي يكون ماجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا
صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم شهيدا
قال هو سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة
قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة حق
الله تعالى او حق غيره من العباد كان شهيدا الا ترى انه لو قاتل دون
ماله عمدا فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر يستثنى في حالة الاكراه
بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان كما استثنى الميتة حالة
الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول الاستثناء هنا
راجع الى العذاب لانه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة
بخلاف الخمر واخواتها فان المذكور هناك هو الحرمة فتنتفي في تلك
الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها ولكن يرخص لما ان حق

الله

الله تعالى لا يفوت به ولا حول للعبد لقيام التصديق بالقلب
ووجوب الضمان على المكره قال ولما لم يكن يضمن المكره
لانه هو المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة قال وعلى
قتل غيره بقتل لا يرخص اي لو اكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص
له القتل ليحيا نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره
والمكره عليه في ذلك سواء فسقط الكره قال وان قتله اثم
لان الحرمة باقية لما ذكرنا فيأثم بمباشرته ولان الاثم يكون بقصده والمكره
لا يصلح ان يكون آلة له في جنبه فيقتصر عليه وكذا لو اكره على
الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجيء منه ولد
ليس له اب يربيه ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المرأة
حيث يرخص لها بالاكراه الملجئ لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن
في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا اوجب الاكراه القاصر
درء الحد في حقها دون الرجل قال ويقتص المكره فقط وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب القصاص على المكره دون
المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه
هو المباشر وهذا حكم لانه يأثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد
تحقق من المكره والاصل في الافعال ان يؤاخذ بها فاعلها الا اذا
سقط حكم فعله شرعا واضيف الى غيره كما في الاكراه على اتلاف مال
الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن القاتل واضيف الى غيره وهنا
لم يسقط حكم فعله بل قرر حكم فعله بدليل انه يأثم اثم القتل واثم
القتل يكون على القاتل وقال الشافعي يجب القصاص عليهما اما المكره
فلما قاله زفر واما المكره فلحصول التسبب منه الى القتل حيث
احدث فيه معنى حاملا على القتل والتسبب اقيم مقام المباشرة

في حق وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود
القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع
والقتل بالاكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لادى الى الفساد
فيوجب على الكل حسما لمادته وقال ابو يوسف لا يجب القصاص على واحد
منهما لان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى ياثم اثم القتل واضيف
الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل
بموجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكن
فيه الشبهة في الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما انه محمول
على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح ان يكون
آلة له وهو الاتلاف دون الاثم وهذا لان الآلة هي التي تعمل بطبعها
كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها
الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص
على المستعمل فكذا هنا والدليل على ان الآمر هو المستعمل له والمامور
جار على موجب طبعه ان ضمان المتلف يجب على الآمر ولولا انه هو
المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا ان الاتلاف منسوب الى
الآمر وان المامور آلة له اذ لا وجه لنسبته اليه الا بهذا الطريق فكان
الآمر مباشرا للاتلاف لا متسببا اذ لو كان متسببا لما وجب عليه
الضمان وانما كان يجب على المامور لان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا
في الاتلاف كان الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا لانه يمكن ان
يجعل آلة له في اتلاف المال بالاجماع بان ياخذه ويلقيه في مال انسان
فكذا في النفس في حق الاتلاف يصلح ان يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف
الاثم فانه لا يصلح ان يكون آلة له في حقه لان الاثم بالجناية على دينه ولا
يقدر احد ان يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في
الاكراه

المالح

في الاكراه على الاعتاق فانه ينتقل الفعل الى الآمر في الاتلاف
ويقتصر على المامور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه
لانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المامور حتى عتق
العبد وكان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما عتق لانه لا عتق بدون
الملك ولكان الولاء له لان الولاء للمعتق وكذا قلنا في الاكراه على
الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ دون الاتلاف
فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو اكره مسلم
مجوسيا على ذبح شاة فانه ينتقل الفعل الى المسلم الآمر في حق الاتلاف
فيجب عليه الضمان ولا ينتقل في حق الحل لانه لا يصلح ان يكون آلة
له في حقه لان الحل في الذبح محل الدين وبالمسلم يحل قال ــ وعلى
اعتاق وطلاق ففعل وقع اي لو اكره على عتاق او طلاق فاعتق
او طلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بينا
وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقارير لمعنى راجع
الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا فيقع الا ترى ومع الاكراه
لا يوجد الرضا واما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع
الا ترى ان العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا
فيهما بخلاف البيع واخواته قال ــ ورجع بقيمته وبنصف المهر
ان لم يطاها اي على المكره لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة
له فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف
فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما
بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد تصرف في ملك الغير بعد
ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للخروج الى الحرية
كما في معتق البعض او لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو

معسرا او عتق المريض عبده وعليه دين او لم يخرج من الثلث ولم يوجد
شيء من ذلك ههنا ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لان الضمان وجب عليه
بفعله فلا يرجع به على غيره ولا يرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول
وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيرجع عليه بما لزمه
من المتعة لان ما عليه على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها
بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان
تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير
كالايجاب فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر
هنا تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر
ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا انشاء الحرية
في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له شيئا لزعمه انه لم يقع الطلاق
ولو قال خطر ببالي ذلك ولم ارد ذلك وانما اردت به الانشاء في الحال
او لم ارد به شيئا او لم يخطر ببالي شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته
على المكره وعلى هذا التفصيل الطلاق ولو اكرهه على ان يعتق
عبده او يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر
لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على
المكره شيء لانه ان اوقع الطلاق لا يرجع بشيء على ما ذكرنا وان اوقع
العتق فهو ليس بمضطر الى ايقاعه اذ كان يمكنه ان يوقع الطلاق
ويتخلص ولو اكرهه على التوكيل بالطلاق او العتاق ففعل واوقع الوكيل
وقع استحسانا والقياس ان لا يصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل
فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع

العقاد

انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه
والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا
لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما اتلف
عليه استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل
وبه لا يثبت الاتلاف وانما يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره
وقد لا يفعل ذلك اصلا فلا يضاف التلف الى الموكل فهو كالشاهدين
اذا شهدا ان فلانا قد وكل بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا
وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل
فكان الزوال مقصودا وجعل ما فعل طريقا الى الازالة فيضمن ولا
ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو اكره على النذر صح ولزم
لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جد
ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا ولا يطالب هو
به فيها اذ لو كان له الطلب فيها لحبس فيكون اثرا لما اوجب
وكذلك اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ
فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة او على
المعصية والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه ان المشركين لما
اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر رسول الله عليه السلام في غزوة فحلف
مكرها ثم اخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اوف لهم بعهدهم
ونحن نستعين بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فاوجب
الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق
وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح
فكانت ملحقة به والايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع
كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي المدة

اربعة اشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع به
على المكره لانه كان متمكنا من الفي في المدة وكذا الخلع لانه طلاق او يمين
من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المراة غير مكرهة
لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها
لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو اكرهه على ان يجعل كل مملوك يملكه
في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان
العتق حصل باعتبار صنع من جهته وان اكرهه على ان يعلق عتقه بفعله
الذي لا بد له منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر او اكلت او
شربت ثم فعل المكره هذه الاشيا عتق العبد وغرم المكره قيمته
لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجا ولو اكرهه على ان يكفر
ففعل لم يرجع بذلك على الذي اكرهه لانه امره بالخروج عن حق ولو اكرهه
على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه
لم يجب عليه ان يعتق عبدا معينا عن كفارته فصار بالاكراه عليه متلفا
عليه بخلاف الاول لانه لم يامره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف
مال معين ثم لا يجزيه هنا عن الكفارة لانه في معنى العتق بعوض ولو قال
انا ابرئه من القيمة حتى يجزيه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير
مجزي عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابرا عن الدين وهو لا يتادى به
الكفارة ولو قال اعتقته حين اكرهني وانا اريد به الكفارة ولم اعتقه
لاكراهه اجزاه عن الكفارة وهو قال اعتقته وليس له ان يرجع بقيمته
للعبد على المكره ولو اكرهه على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله
فهو مختار ولا شي على المكره عند ابي حنيفة لان الاعتاق يتجزى عنده
وما اتى به غير ما اكره عليه ولا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره
الا يرى انه لو امره ان يعتق نصف عبده فاعتق كله كان باطلا عنده

وعندهما

وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزى عندهما
فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكرهه على
اعتاق كله فاعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان
اعتاق النصف اعتاق للكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون
اتيا ببعض ما اكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو اكره على الزنا
يجب الحد عليه في قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر ثم رجع
وقال لا يجب عليه الحد ان اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يحد
لا يجب عليه في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه
قيل وجه الاول ان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الالة وهو
دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح
ان يكون الة له في الزنا لان الوطي باله غيره غير متصور فكان مقتصرا على
الفاعل ولهذا يسقط به احصانه دون احصان المكره ولهذا الحد
يجب عليه بخلاف المراة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا الا ترى انه
يتحقق منها وهي نائمة او مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على
القتل لانه يمكن ان يجعل الة له فينسب الى المكره حتى يجب عليه
القصاص وجه قوله المرجوع اليه ان انتشار الالة قد يكون طبعا كما
في النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجي
لانه لولا الاكراه لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضا
الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر في حالة الاكراه لما انه في
الامتناع لهلاكه فلا يفيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا
قال وعلى الردة لم تبن امراته اي لو اكره على الردة واجرى كلمة الكفر
على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امراته لانه لا يكفر به من غير تبدل
الاعتقاد حتى لو ادعت المراة ذلك وانكر هو كان القول قوله

استحسانا وفي القياس أن يكون القول لها حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر
سبب لحصول البينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره ككلمة
الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة
وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم تغيره
فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما إذا أسلم مكرها
حيث يحكم عليه بالإسلام لأنه وجد أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال
فرجحنا جانب الوجود احتياطا لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ونظيره السكران
فإن إسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا لبيان
الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فإذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره
على الإسلام حتى أسلم ثم رجع عن الإسلام لا يقتل لأنه لما تمكنت الشبهة
لاحتمال عدم الإسلام كان أبدا يكون هو أصلها لعدم صحة إسلامه
ولو قال المكره نويت الإخبار باطلا ولم أكن فعلت بانت امرأته في الحكم
لأنه أقر بوجود المخلص وجوابه يطابق السؤال فيكون مجاوبا لما نوى باعتبار
الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك لأنه كذب نفسه ونزع جوابا لما طلب منه ظاهرا
فالظاهر أنه أجاب إليه ونوى ما قصده المكره مع إقراره على نفسه بوجود
المخلص فلا يصدق في حق المرأة أنه عدل عما طلبوه منه بالنية
فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر
عن الباطل بانت ديانة وقضاء لأنه كفر حقيقة حيث أجاب إلى ما طلب
منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكره على الصلاة على الصليب أو على
سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال خطر ببالي أن أسجد لله تعالى أو أسب
محمدا آخر ونويت السجود لله تعالى أو سببت غير النبي صلى الله عليه وسلم
بانت امرأته قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال نويت السجود
للصليب أو سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو

قال

قال المسلم لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان
لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء وهو المراد بما تقدم في الكتاب لأنه لم يقر
على نفسه بوجود المخلص وإجابته ما طلب منه في حالة الإكراه متعين
له دون غيرها من الأحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو
على كلمة الكفر لأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر من ساعته
لأنه رضي بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه فصار كالمطرب بالوقوع
أن يكفر في وقت في المستقبل **فصل** وحرمة طرف الإنسان
كحرمة نفسه بخلاف إتلاف ماله ولو قطعها يأثم القاطع ويجب
القصاص على المكره ثم قلنا في النفس ولو أكره على قطع طرف نفسه
حل له قطعه بخلاف ما إذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لأن
الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له
قطعها إذا استأكلت ولو قال له لتلقين نفسك في النار أو من الجبل
أو لأقتلنك وكان الإلقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله
الخيار إن شاء فعل ذلك وإن شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة
لأنه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الأهون في زعمه وعندهما يصبر ولا
يفعل ذلك لأن مباشرة الفعل سعي في إهلاك نفسه فيصبر
تحاميا عنه وأصله أن الحربي إذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيها احترق
ولو وقع في الماء غرق فعنده يتخير بينهما شاء وعندهما يصبر إذا ألقى
نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وإن أكره على أن يقطع
يد رجل ورجله فقطع يده ثم قطع رجله بغير إكراه فمات المقطوع من ذلك
يجب القصاص على القاطع والمكره لأنه مات بفعلين أحدهما أضيف إلى
المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند أبي يوسف
عليهما الدية في مالهما لأن في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار كالصبي

١٣١٣ / ١٤١ / ٣

الآخر بالإضرار ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك
بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره
لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص لأنه قتل بالمثقل بل تجب الدية على
العاقلة فكذا إذا أكره عليه وعند أبي يوسف الدية على المكره في ماله
وعند محمد يجب القصاص على المكره لأنه كالقتل بالسيف عنده وعلى
المكره القصاص عنده ولو قال للآخر اقتلني فقتله تجب الدية في ماله
في الصحيح وهو رواية الأصل لأن الإباحة لا تجري في النفوس وكان
ينبغي أن يجب القصاص كما قال زفر وإنما سقط للشبهة باعتبار الإذن
فتجب الدية في مال القاتل لأنه عمد والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب
شيء لأن نفسه حقه فصار كما لو أمر بإتلاف ماله وكما لا ضمان هناك فكذا هنا
وإذا أكره ولي المرأة على التزويج بمهر قليل عين وحضر ثم زال الإكراه
فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي أن يفرق بينهما عند أبي حنيفة
لأن التبليغ إلى مهر المثل حق الأولياء لأنهم يتعيرون بالنقصان وقالا
ليس لهم ذلك لأن المهر خالص حقها حتى تملك إسقاطه وهبته والله أعلم

كمل الجزء الرابع والحمد لله وحده

يتلوه في الجزء الخامس كتاب الحجر قال هو منع عن التصرف

تم الجزء الرابع من شرح كنز الدقائق المسمى تبيين الحقائق
للشيخ الإمام العالم العامل فريد دهره ووحيد عصره
مصحح المسائل ومعلل الحقائق الشيخ فخر الدين
عثمان الحنفي الشهير بالزيلعي
رحمه الله وعفا عنه
وكان الفراغ منه يوم الخميس بالعشرين من شهر [illegible] سنة [illegible]
على يد العبد الفقير إلى الله [illegible] عفا الله عنه ولمن نظر فيه [illegible]

بلغ مقابلة بحسب الطاقة على نسخة معتمدة

كم عاقلٍ عاقلٍ أعيت مذاهبهُ　　وجاهلٍ جاهلٍ تلقاه مرزوقا
هذا الذي ترك الأوهام حائرةً　　وصيّر العالم النحرير زنديقا

درین عالم کسی بی غم نباشد
اگر باشد بنی آدم نباشد